



UNICEUB – Centro Universitário de Brasília  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Políticas Públicas – Mestrado.

Paulo Emílio Catta Preta de Godoy

ESTADO DE EXCEÇÃO, DIREITO PENAL DO INIMIGO E POLÍTICA CRIMINAL

Brasília  
2014

Paulo Emílio Catta Preta de Godoy

**Estado de Exceção, Direito Penal do Inimigo e Política Criminal.**

Dissertação apresentada pelo mestrando Paulo Emílio Catta Preta de Godoy ao Programa de Pós-Graduação do UNICEUB – Centro Universitário de Brasília como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy.

Brasília  
2014

Paulo Emílio Catta Preta de Godoy

**Estado de Exceção, Direito Penal do Inimigo e Política Criminal.**

**(TERMO DE APROVAÇÃO)**

Dissertação apresentada pelo mestrando Paulo Emílio Catta Preta de Godoy ao Programa de Pós-Graduação do UNICEUB – Centro Universitário de Brasília como requisito parcial para outorga do título de Mestre em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy.

Brasília, 25 de maio de 2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor orientador: Prof. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Dr..

---

Professor avaliador:

---

Professor avaliador

Para minha amada Elaine, companheira de todas as horas, meu conforto, alento e inspiração.

## **SUMÁRIO**

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>p.8</b>
<b>CAPITULO I. CATEGORIAS TEÓRICAS DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....</b>	<b>p.11</b>
1.1. ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO.....	p.11
1.2 ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	p.20
1.2.1. A necessidade como fundamento do estado de exceção.....	p.20
1.2.2. A proeminência do Poder Executivo.....	p.24
1.3 O ESTADO DE EXCEÇÃO NA IDADE MODERNA.....	p.26
1.4. A CONSTITUIÇÃO EMERGENCIAL DE BRUCE ACKERMAN: ASPECTOS ESSENCIAIS.....	p.30
1.4.1. Prolegômenos teóricos da proposição de ACKERMAN.....	p.30
1.4.2. Desconfiança de ACKERMAN à atuação do Poder Judiciário em período de crise.....	p.33
1.4.3. Óbices institucionais à normalização da emergência.....	p.35
1.4.3.1. A escalada sobremajoritária.....	p.36
1.4.3.2. Controle da informação pela minoria.....	p. 36
1.4.3.3. Objetivos do modelo de ACKERMAN .....	p.37
1.5. APORIAS E REFLEXÕES DO MODELO DE EXCEÇÃO PROGRAMADA DE ACKERMAN.....	p.38
1.5.1. Localização do soberano no ordenamento jurídico.....	p.39
1.5.2 Confiança no Poder Legislativo.....	p.40
1.6.3 Medidas emergenciais e <i>hostis indicatio</i> .....	p.42.
<b>CAPITULO II. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....</b>	<b>p.49</b>
2.1 A NOVA REPÚBLICA.....	p.51
2.2 ASCENSÃO DE VARGAS. DO GOVERNO PROVISÓRIO À CONSTITUIÇÃO DE 1934 (1930-1934).....	p.53
2.3 TEMPOS DE CHUMBO: OS DIFÍCEIS ANOS DE 1935 E 1936.....	p.59
2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937. A CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DE EXCEÇÃO.....	p.63

2.5 OS JULGAMENTOS DO STF NO ESTADO DE EXCEÇÃO. OLGA BENÁRIO PRESTES. GENNY GLEISER. A PRISÃO DOS PARLAMENTARES FEDERAIS.....	p.68
---	------

<b>CAPÍTULO III. O INIMIGO NO DIREITO PENAL.....</b>	<b>p.83</b>
--	-------------

3.1 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO COMO ATIVIDADE ESSENCIAL DO ESTADO DE EXCEÇÃO.....	p.83
--	------

3.2. O INIMIGO E O PODER PUNITIVO.....	p.89
--	------

3.3. CRIMINOSO E O TERRORISTA: O SÍMBOLO DO INIMIGO INTERNO.....	p.99
--	------

3.4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO – A PROPOSTA DE GUNTHER JAKOBS.....	p.100
---	-------

3.4.1. A crítica de CANCIO MELIÁ. ....	p.107
--	-------

3.4.2. A crítica de ZAFFARONI.....	p.113
------------------------------------	-------

3.5. A NORMALIZAÇÃO DO DISCURSO DE EXCEÇÃO NA EMERGÊNCIA DA SEGURANÇA PÚBLICA. ....	p.117
---	-------

3.5.1. O novo autoritarismo <i>cool</i> do século XXI e o paradigma da segurança pública.....	p.118
---	-------

3.6 EXCEÇÃO, ESTADO DE DIREITO E GARANTISMO PENAL.....	p.124
--	-------

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>p.132</b>
-----------------------	--------------

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>p.135</b>
-------------------------	--------------

## RESUMO

Este trabalho tem como referencial o Direito Penal do inimigo enquanto novo marco racionalizado da neutralização do inimigo no Estado de Exceção. A invocação de preservação da ordem constitucional apresenta-se, em momentos críticos, como justificativa válida para a suspensão de direitos e garantias fundamentais, na perspectiva de que sua eficácia dificulta a pronta e enérgica atuação estatal necessária a debelar os perigos e, assim, reconstituir a ordem fática, pressuposto da vigência da ordem legal. As características principais desse Estado de exceção se definem, além da suspensão de normas indicada, também pela concentração de poderes emergenciais nas mãos do Poder Executivo e pela irresponsabilidade jurídica da atuação dos agentes em períodos emergenciais, com apoio na concepção justificante do estado de necessidade (*necessitas non leges habet*). Em contraponto, aponta-se que a aporia fundamental do estado de exceção é a sua tendência em se perpetuarem as medidas emergenciais mesmo após a contenção dos perigos que legitimaram sua instauração, em movimento permanente que acaba por implicar na derrocada da ordem constitucional que buscava proteger. Inicialmente utilizado para travar a guerra contra os inimigos externos (*hostis alienígena*) e debelar invasões estrangeiras, afere-se que as situações fáticas legitimadoras de sua instauração amplia-se para a guerra interna, ou seja, para também alcançar o combate que o Estado trava com seus próprio inimigos internos (*hostis judicatus*). A definição do inimigo desponta como a atividade política essencial e sua designação, apesar de não ter características permanentes e preconcebidas, se apresenta na impossibilidade de coexistência e de solução dos conflitos pela via pacífica do direito ou pela decisão proferida por um árbitro imparcial, invocando a guerra e a eliminação física, o que legitimaria o Estado absoluto, nas situações históricas verificadas sobretudo no período das Grandes Guerras e que pareciam superadas após o fim das deflagrações, com a edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, pela ONU. Na primeira década do século XXI, observa-se o regresso autoritário no discurso penal, com incremento nas demandas repressivas e punitivistas, sobretudo, na linha de dois eixos temáticos: o Direito Penal do inimigo, que propõe a separação forma do poder punitivo a ser dirigida àqueles indivíduos que, pela incerteza de seu comportamento futuro e pelos riscos que causem à segurança do Estado, são destituídos de sua personalidade jurídica e assim podem ser neutralizados como bestas-feras. De outro lado, o novo autoritarismo cool surge como proposta de retomada da punição como ferramenta central na contenção de problemas sociais, especialmente relacionados com o novo paradigma da exceção, a segurança pública, a assim propugnar o abrandamento pontual da eficácia dos direitos e garantias fundamentais como único caminho possível e eficaz no combate à criminalidade, fenômenos que são articulados a partir de política criminal de exceção.

**Palavras-chave:** Estado de exceção. Categorias fundamentais. Designação do inimigo. Essência da política. Direito Penal do inimigo. Estado de Direito.

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação se destina a verificar os fundamentos que conformam o arcabouço teórico do estado de exceção e as suas categorias fundamentais, destinado a averiguar de que forma operam as garantias clássicas do Direito Penal durante os períodos de crise.

Em plano subsequente, procurar-se-á avaliar a forma como o discurso das emergências, fundamento primeiro do estado de exceção, acabe por se normalizar, dando cabo ao Estado constitucional que procurava defender, e os reflexos que essa estabilização discursiva promove nas estruturas do Direito Penal, dando azo à elaboração de novos modelos de exacerbado punitivismo, voltado ao combate e neutralização do inimigo interno, a quem se revoga o estatuto da cidadania e personalidade.

O tema eleito está abrangido na linha de pesquisa do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB – Centro Universitário de Brasília, na medida em que implica em corte vertical e profundo na temática relativa à Política Criminal e aos Direitos Humanos.

A metodologia adotada consistiu em revisão literária de obras relacionadas com o Estado de Exceção, preferencialmente aquelas que exploram os seus contornos teóricos aliados com a compreensão das experiências histórias de países e épocas em que a exceção se fez regras.

O problema central da pesquisa consiste em saber se é admissível no horizonte do Estado de Direito, a existência um setor penal específico e distinto para a neutralização de indivíduos considerados perigosos sem as amarradas das garantias liberais, nos moldes da proposta do Direito Penal do inimigo.

A hipótese prefacial é no sentido da sua incompatibilidade na medida em que o tratamento penal diferenciado consistiria em negar a esses indivíduos considerados perigosos ou daninhos a própria existência jurídica, ou seja, a sua própria personalidade, o que caminharia as concepções mais rasteiras de Justiça.

Para o enfrentamento da questão, optou-se em examinar as categorias teóricas fundamentais do Estado de exceção – situação política quando as garantias penais são suspensas para a defesa da existência da sociedade e do próprio Estado constitucional – e, em



seguida, examiná-las na perspectiva do regime autocrático do Estado Novo, ocorrido no Brasil entre 1930 e 1945.

Em seguida, abordar-se-á o conceito e o papel do inimigo na teoria política e no Direito Penal, resgatando as propostas e as críticas às concepções políticas de Carl Schmitt e às jurídico-penais de Günther Jakobs, na perspectiva de um regime penal de exceção, resgatada a reboque da guerra ao terrorismo que se reacende deste século XXI.

De modo que, no primeiro capítulo, serão apreciados os contornos teóricos e as características e categoriais fundamentais sobre o Estado de Exceção moderno, apresentando-se ali desde a sua inicial inspiração no modelo da ditadura romana, suas implicações, vácuos e contradições, até a mais recente proposta de contrapeso majoritário que procura impedir o risco constante – e aporia fundamental – de se normalizarem as medidas criadas para enfrentamento de períodos críticos.

A análise dos pontos divergentes dos modelos jurídicos criados por Hans Kelsen e Carl Schmitt é essencial para essa prévia compreensão teórica. A proposta de Bruce Ackerman procura solucionar o principal paradoxo existente na necessidade de defesa da ordem constitucional democrática e a derrocada dessa mesma ordem com a normalização dos poderes e medidas emergenciais.

No segundo capítulo, serão utilizadas as chaves interpretativas construídas do levantamento teórico reunido no início da pesquisa para buscar evidências durante o período do Governo Provisório e do Estado Novo instaurados no Brasil entre os anos 1930 e 1945, sob o governo do Presidente Getúlio Vargas, sobretudo para identificar a presença do modelo teórico e suas principais características, mormente acerca da posição do soberano no ordenamento jurídico e também sobre a crítica sobre a inconsistência do Poder Judiciário para assegurar, nos períodos críticos, os direitos e garantias constitucionais.

Especialmente em relação ao segundo questionamento, a pesquisa examinará os julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em três casos judiciais de repercussão ocorridos em períodos excepcionais: os habeas corpus impetrados em favor de Genny Gleiser em 1935, Olga Benário Prestes e dos parlamentares federais – 04 (quatro) deputados e 1 (um) senador – ambos no ano de 1936.

O terceiro e último capítulo apresenta os contornos das propostas pós-modernas do Estado de Exceção, sobretudo a partir das perspectivas funcionalistas do Direito Penal do

Inimigo, de Günther Jackobs, que renova a dicotomia amigo/inimigo essenciais na teoria política de Carl Schmitt para justificar a existência de setores penais onde inexistente a personalidade dos agentes que pratique crimes de magnitude e ponham em risco a própria existência do Estado constitucional.

Em derradeiro aspecto, ainda no terceiro capítulo, se examinam os argumentos contrários a essa despersonalização e ao exercício da pura violência orientada à neutralização daqueles que se encontrem no retrato atual do inimigo moderno, encarnado no terrorista, bem como se alcança a reflexão central sobre as condições de possibilidade dessas propostas no âmbito do Estado de Direito.

Em última abordagem, examinar-se-á a forma como a normalização do discurso de exceção opera com a adoção do paradigma da segurança pública, de onde se articula a permanente necessidade de abrandamento das garantias para finalidades de combate eficiente da criminalidade e, por fim, para a promoção do direito social e expectativa de segurança pública, sobretudo nas cidades.

Para facilitar a compreensão e assegurar a fluidez do texto, as citações diretas feitas a partir de documentos históricos, constantes majoritariamente do capítulo segundo, foi atualizada a grafia das palavras, trazendo-as próximas do vernáculo atual. Assim, por exemplo, a indicação de excertos das manifestações colhidas em fonte direta da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente os autos do HC 26178/DF, foram submetidos aos apontado processo de atualização.

Com idêntica finalidade, também as citações diretas de passagens colhidas de livros estrangeiros, escritas originalmente em Língua Inglesa e Espanhola, foram livremente traduzias pelo autor, optando-se por preservar a íntegra no idioma originário à disposição do leitor em nota de rodapé, com vistas a assegurar a fidelidade textual.

## 1 CATEGORIAS TEÓRICAS DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Na atual quadra histórica, parece assentada a compreensão de que os direitos fundamentais devem ser reconhecidos e garantidos universalmente pelos Estados Nacionais, dada a amplitude que alcançou o constitucionalismo moderno, no plano interno, e as Declarações universais de direitos do homem e do cidadão, no plano internacional.

Em outra perspectiva, é noção corrente a de que, em circunstâncias excepcionais, deva-se permitir a suspensão dos direitos e garantias fundamentais quando necessária ao enfrentamento de ameaças e ataques que impliquem em riscos à existência da ordem social e constitucional, ancorada na justificativa do estado de necessidade.

A concepção original da exceção remonta às situações de guerra externa e rebeliões internas, entretanto, em tempos recentes, é perceptível a ampliação dos paradigmas de emergências, que incorpora o discurso belicoso como modo de conceder poderes dilatados ao Executivo, sem o natural óbice das prestações estatais negativas.

Assim, ganha relevo compreender os contornos de uma teoria do estado de exceção, sobretudo diante do cenário de ampliação desses paradigmas, que tem oferecido suporte a medidas repressivas cada vez mais amplas, com o risco de a sua normalização implicar em verdadeira derrocada do catálogo das tradicionais liberdades e, por conseguinte, da própria ordem democrática e liberal.

Dessa constatação deriva a oportunidade de se retornar ao enfrentamento teórico havido entre o normativismo kelsiano e o decisionismo schmittiano, como forma de compreender se, de algum modo, se relacionam com a concepção e eficácia dos direitos fundamentais.

### 1.1 ESTADO DE DIREITO E ESTADO DE EXCEÇÃO

A concepção constitucionalista moderna se desenvolve a partir da premissa modelar e paradigmática do Contrato Social na base do Estado Constitucional, ou seja, da idéia de um pacto a-histórico que corresponde à passagem do estado de natureza – onde o indivíduo abandona seu *status* de liberdade plena, somente limitada pelas impossibilidades da própria natureza – para ingressar em sociedade civil (*Commonwealth*) – agrupamento social estabelecido para fortalecer a segurança e o bem estar de todos os seus membros.

A rigor, a noção da preexistência de um estado de natureza constitui alegoria essencial de teorias do Estado de diversos matizes, servindo-se para inferir a justificação política tanto de modelos de Estados absolutos, a partir do *Leviatã*, de Hobbes; como para o ideário de Revoluções Liberais nos Estados Unidos da América (1776) e na França (1789), a partir das idéias do Segundo Tratado Sobre o Governo Civil, de Jonh Locke, e do Contrato Social, de Rosseau.

Sobre o pensamento de Hobbes, anota Bercovici (2008, pp. 85-92), que a finalidade precípua da formação do Estado é a de garantir a sobrevivência dos indivíduos, a salvação pública: *salus populi suprema lex est*, e também a garantia dos indivíduos contra seus semelhantes, ao colocar termo na guerra de todos contra todos pelo respeito à autoridade central do titular do poder soberano: “A única e verdadeira lei fundamental para Hobbes é a individualização do soberano, para preservar a integridade e a manutenção da ordem política. Sem soberania não há ordem política” (2008, p. 87).

Destaca-se em Hobbes que a instituição do Estado deriva do ato de autorização dos indivíduos que se unem em sociedade sob a unidade política de um soberano e, assim, se impõe por meio da obrigatoriedade da lei civil que, entretanto, vincularia, nessa perspectiva, somente os indivíduos, e não o próprio soberano, ocupante de um plano elevado e intangível do ordenamento estatal.

O ordenamento jurídico é extraído por derivação a partir da autoridade do soberano, o que acaba por repercutir, na doutrina hobbesiana, na dispensa de critérios de racionalidade das leis civis: “Racional é a legalidade formal das leis, não o seu conteúdo. O soberano é absoluto. É o único legislador, não estando submetido às leis civis, além de não estar limitado nem pela propriedade nem pela tributação consentida” (BERCOVICI, 2008, p. 87).

A noção de um contrato social pré-social e pré-estatal designa um marco jurídico na criação do Estado, por meio da transferência de parcelas dos direitos e liberdade ao ente estatal, superior e transcendente a todo e qualquer membro da sociedade considerado individualmente.

Em sua vertente liberal, desenvolveu-se o paradigma de que a instituição do Estado, por via dessa assinalada transferência, se dava exclusivamente na parcela indispensável das liberdades e direitos necessários ao projeto estatal de salvação pública, o que, pelo reverso, levava à implicação que esse mesmo Estado deveria observar e respeitar os direitos que o

indivíduo possuía em estado de natureza (daí a noção de direitos naturais), cujo sacrifício não se verificara na passagem ao Estado, preservando, assim, parcela insuprimível da liberdade natural.

O modelo de Estado liberal burguês se edifica sobre o solo de consagração dos valores da liberdade, igualdade e propriedade, reconhecidos como direitos inalienáveis de matiz universal cujo respeito era impositivo a qualquer órgão estatal, tanto que, ao cabo dos processos revolucionários da Independência Americana (1776) e subsequente formulação da Constituição Americana (1787) e também da Revolução Francesa (1789), restaram incorporados no âmbito dos documentos constitucionais e, no caso francês, à Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A partir das Revoluções Americana e Francesa altera-se o paradigma político, para instaurar o modelo de Estado liberal que, em essência, condiciona a legitimidade do exercício do poder político e da soberania à necessária observância de direitos anteriores e superiores à ordenação estatal, e da sujeição do poder político às normas constitucionais e legais que se aplicariam, assim, em mesma medida, a governantes e governados, noção central do Estado de Direito e, ainda essencial, a separação funcional dos Poderes de Estado, em um sistema de controle mútuo de freios e contrapesos.

O resultado prático do modelo limitador desaguou, todavia, no processo de desalojamento do Estado, percebido por Bercovici, onde a de existência estatal se limita à formatação constitucional e de soberania popular: “O Estado constitucional conserva a estrutura básica do Estado monárquico que o antecede, acrescentando a legitimação democrática do poder político, com a soberania constituinte do povo” (2008, p. 19).

O âmbito da soberania, entendida como poder supremo e insuperável, que não reconhece superior, observa, assim, um processo de esvaziamento e negação, na medida em que se pulveriza na concepção de soberania popular, identificada como a tentativa de conferir um caráter jurídico à soberania que, portanto, deve ser exercida constitucionalmente, na forma da célebre frase de Kriele, referida por Bercovici (2008, p. 21) “No Estado constitucional, não há soberano”.

Em outra vertente, procurou-se defender a Constituição como fonte direta da soberania, substituindo a idéia de titularidade democrática pela soberania do ordenamento

jurídico enquanto direito positivo que atingiu o apogeu de sua elaboração na doutrina de Kelsen, como anota Bercovici (2008, p. 21):

De forma muito mais sofisticada, Hans Kelsen tenta excluir a noção de soberania, assim como a de poder constituinte, do universo constitucional, Kelsen defende que não há centro político, não há um soberano concreto. A soberania não é uma substância ou fato, mas uma ideia ou pressuposto. Com o término do projeto moderno, deve ser superada a noção de soberania do povo ou do rei. A soberania deve ser abstrata, a-histórica, representada pela norma fundamental. O fundamento da soberania para Kelsen, assim, não é concreto e externo ao sistema normativo, como entenderam Schmitt e Heller. A soberania tem o seu fundamento abstrato e interno ao ordenamento. Kelsen, para Herrera, não promove a negação, mas a dissolução da soberania. O único soberano é o ordenamento jurídico em seu complexo, sua unidade e coerência lógica. O direito é positivo quanto coincide com a soberania, ou seja, com a norma fundamental pressuposta. Kelsen, segundo Carrino, busca tornar viva a abstração, consolidando o domínio da forma, do direito moderno e abstrato, entendido como auto-referencial e auto-fundado na norma fundamental.

Tal fundamentação de matriz lógico-normativa desenvolvida por Kelsen observa o Direito a partir de sua potencialidade e sem atentar para a sua realidade, e resulta em uma formatação instrumental do Estado, sem qualquer referência a uma pauta axiológica, o que lhe rendeu sérias críticas no sentido de que, nessa perspectiva, não haveria condições para distinguir o Estado de uma associação de ladrões, pois também nesta se identificaria a estrutura hierárquica e a busca do bem comum dos seus integrantes, como registra Bobbio: “Como distinguir uma comunidade jurídica, como o Estado, do bando de ladrões, a norma de direito do comando do malfeitor, o comando do legislador da ameaça do bandido: a bolsa ou a vida?” (2000, p. 243).

Bercovici ainda destaca que, para Kelsen a normatividade é compreendida como normalidade e estabilidade (2008, p. 22), e, portanto, a exceção não compõe tópico de suas preocupações, porque não constituiria objeto do Direito. Há de se divisar que a normalidade não prevê a exceção e, entretanto, o caso excepcional é precisamente onde se poderá apreciar a existência de um poder soberano no ordenamento estatal, pois é ele quem “decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo”, sendo extraída dessa observação, por inferência lógica, a clássica formulação schmittiana de que o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2006, p. 8).

A metodologia adotada pelo normativismo de Kelsen, de outro lado, assume por premissa essencial a existência de um plano puramente jurídico, dessa forma inconfundível

com valorações ou entrelaçamentos com a Sociologia. Esse processo de disjunção material o possibilitou estabelecer um sistema de funcionamento jurídico por meio do qual a validade de uma norma está exclusivamente fundada na sua correspondência com aquela que, no mesmo ordenamento, ocupe posição hierarquicamente superior e assim sucessivamente até o alcance uma norma última, fundamento e estrutura de toda ordem jurídica – a norma jurídica fundamental.

Sobre essa abstração conceitual, opôs-se a crítica de Schmitt que: “A máxima competência não é conferida a uma pessoa ou a um complexo de poder sócio-psicológico, porém somente à própria ordem soberana na unidade do sistema normativo. Para a análise jurídica não há pessoas reais nem fictícias, mas somente pontos de imputabilidade” (2006, p.19), perspectiva em que o Estado se identifica e se limita à sua Constituição, estabelecida assim a identidade jurídica do Estado.

Delimitado o centro da divergência, cabe avaliar, nas próprias lições dos mestres a distinta noção conceitual sobre o ponto de cume do ordenamento jurídico – norma ou decisão – o que transparece da distinção conceitual sobre Constituição, sendo para Kelsen (2003, p. 130-131):

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer aprender. O que se entende antes de mais nada e desde sempre por Constituição – e, sob esse aspecto, tal noção coincide com a de forma do Estado – é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra. Ela é a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder, isto é, em suma, o fundamento da ordem estatal.

Para Schmitt, de modo distinto, a Constituição é decisão política, obtida democraticamente de forma homogênea e indivisível por um determinado povo, e não oriunda da idéia geral de um acordo ou contrato entre múltiplas partes, como se compreende nas seguintes passagens de sua obra:

A Constituição vigente do Reich persevera na idéia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o qual se outorgou uma Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de ato unilateral. Com isso, todas as interpretações e aplicações da Constituição de Weimar que se esforçam em fazer dela um contrato, um acordo ou algo semelhante, são solenemente rejeitadas como violações do espírito da Constituição (SCHMITT, 2007, p. 90-91).

Em decorrência dessa noção de Constituição sustentada por Schmitt deriva a idéia do Presidente do Reich como defensor – ou figura central – dessa unidade, incumbido de impedir a fragmentação plural do Estado e, por conseguinte, candidato natural ao papel de guarda e defesa da Constituição, o que apresenta na seguinte linha de argumentos:

[...] seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política (SCHMITT, 2007, p. 233-234).

Em sentido diverso caminha a compreensão de Kelsen, por ser produto de noções também construídas em um modelo justaposto e diverso de Constituição, onde a principal finalidade estaria no asseguramento dos direitos das minorias derivado do compromisso democrático:

Ao lado dessa significação geral comum a todas as Constituições, a jurisdição constitucional também adquire uma importância especial, que varia de acordo com os traços característicos da Constituição considerada. Essa importância é de primeira ordem para a República democrática, com relação à qual as instituições de controle são condição de existência. Contra os diversos ataques, em parte justificados, dirigidos contra ela, essa forma de Estado não pode se defender melhor do que organizando todas as garantias possíveis da regularidade das funções estatais. Quanto mais elas se democratizam, mais o controle deve ser reforçado. A jurisdição constitucional também deve ser apreciada desse ponto de vista. Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio eficaz de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se exercida de modo regular. A forma constitucional especial, que consiste de ordinário em que a reforma da Constituição depende de uma maioria qualificada, significa que certas questões fundamentais só podem ser solucionadas em acordo com a minoria: a maioria simples não tem, pelo menos em certas matérias, o direito de impor sua vontade à minoria. Somente uma lei inconstitucional, aprovada por maioria simples, poderia então invadir, contra a vontade da minoria, a esfera de seus interesses constitucionais garantidos. Toda minoria – de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegidos de uma maneira qualquer pela Constituição, tem pois um interesse eminente na



constitucionalidade das leis. Isso é verdade especialmente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente adequado à realização dessa idéia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos, e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria. (KELSEN, 2003, p. 181-182).

No plano político institucional, portanto, essas posições antagônicas se confrontam sobre o fundamento primeiro do ordenamento jurídico: norma ou decisão, o que, em outras palavras, deságua em definir onde a soberania, enquanto poder supremo originário e insubordinado reside, constatação observada por Bobbio e referida por Macedo Júnior (1994, p. 207):

Os dois conceitos-limite relativamente ao positivismo jurídico e à doutrina do Estado de Direito são a *summa potestas*, a soberania e a norma fundamental. É sabida quantas (inúteis) discussões suscitou a teoria da norma fundamental kelsiana. Somente tomando em consideração, como se faz aqui, a imbricação entre a teoria do poder e a doutrina do direito se pode chegar a uma conclusão. A norma fundamental tem numa teoria normativa do direito a mesma função que tem a soberania numa teoria política ou, caso se queira, potestativa do direito: tem a função de fechar o sistema. Com a seguinte diferença: a norma fundamental tem a função de fechar um sistema fundando no primado do direito sobre o poder; a soberania tem a função de fechar um sistema fundado no primado do poder sobre o direito. Enquanto o poder soberano é o poder dos poderes, a norma fundamental é a norma das normas. Se faz a objeção de que a norma fundamental não é uma norma como todas as outras, mas sim uma simples hipótese da razão. Mas o poder supremo não é também uma hipótese da razão?

Macedo Júnior ainda aponta para as palavras de Schmitt, que assim entende: “Para o jurista do tipo decisonista a fonte de todo o ‘direito’, isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando” (1994, p. 201), idéia, portanto, que pressupõe uma vontade pessoal transcendente do ordenamento jurídico, consubstanciada no elemento decisório lhe confere substância e unidade.

Dessa premissa— distinta, portanto, da norma fundamental pressuposta por Kelsen — decorre que as normas jurídicas retirariam sua força imperativa e positividade de uma decisão primeira e original, ou seja, o fundamento de todo o direito seria a autoridade do soberano, consolidada no brocardo hobbesiano: “*Auctoritas, non veritas facit legem*”.

Dentre os autores modernos que deitam olhos sobre o tema, ganham destaques as idéias de Giorgio Agamben, que percebeu com exatidão que as dificuldades relativas ao Estado de Exceção decorrem da perda de distinção conceitual entre duas categorias fundamentais: *auctoritas* e *potestas*, conquanto em sua concepção originária no Direito Público Romano, tais conceitos se encontravam nitidamente individuados e definidos, *auctoritas* designava a prerrogativa por excelência do Senado e nada tinha a ver com a *potestas* ou o *imperium* dos magistrados ou do povo, mas antes, formavam um sistema binário. A *auctoritas* era “poder que confere legitimidade” em sua relação originária o com o *potestas* dos magistrados e do povo e tinha, no caso extremo, a força de “suspender a *potestas* onde ela agia e a reativar onde ela não estava mais em vigor” (AGAMBEN, 2004, p. 119-121).

Somente a separação da *auctoritas* e sua relação com o direito posto, na forma de constante possibilidade de toda ordem jurídica por meio do estado de exceção, habilitou Agamben a identificar a existência paralela e coordenada de um elemento normativo e outro anômico no sistema jurídico ocidental, que, entretanto, devem residir em extremos distintos, para concluir que:

O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito – que podemos inscrever aqui, por comodidade, sob a rubrica de *potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *auctoritas*.

O elemento normativo necessita do elemento anômico para poder ser aplicado, mas, por outro lado, a *auctoritas* só pode ser afirmar numa relação de validação ou de suspensão da *potestas*. Enquanto resulta da dialética entre esses dois elementos em certa medida antagônicos, mas funcionalmente ligados, a antiga morada do direito é frágil e, em sua tensão para manter a própria ordem, já está sempre num processo de ruína e decomposição. O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma de *auctoritas*, da lei viva ou da força-de-lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida. Enquanto os dois conceitos permanecem ligados, mas conceitualmente, temporalmente e subjetivamente distintos – como na Roma republicana, na contraposição entre Senado e povo, ou na Europa Medieval na contraposição entre poder espiritual e poder temporal -, sua dialética – embora fundada sobre uma ficção – pode, entretanto, funcionar de algum modo. Mas quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transforma-se em uma máquina letal (AGAMBEN, 2004, p. 130-131).

A dicotomia entre *auctoritas* e *potestas* é, portanto, reveladora de estreita relação entre Soberania e Direito, em que ambos parecem se comunicar dialeticamente de modo a conferir existência e validade recíprocas, considerando-se o fundamento da positividade das normas jurídicas, a hipótese, sempre presente em potência, de o soberano adotar a decisão soberana e determinar a suspensão de toda a Constituição, e, por fim, de todo o ordenamento jurídico para refundar a ordem e normalidade sociais.

A realidade histórica dos Estados constitucionais modernos registra a prática do Estado de Exceção – caracterizado como estado transitório de suspensão de normas jurídicas, especialmente garantias e liberdades individuais, com correlata concentração de amplos poderes (medidas) ao Poder Executivo – em face da necessidade de debelar ameaças à existência da ordem estatal e constitucional.

A figura do direito clássico romano a qual inicialmente Schmitt se socorreu para atribuir forma ao Estado de Exceção foi a da Ditadura romana, instituto adotado face às situações ameaçadoras da existência da República, quando o Senado ou o Cônsul detinham poderes para instituir a magistratura extraordinária do Ditador (comissão), com prazo de duração fixado em seis meses, magistrado que detinha ampla autorização para atuar em defesa do povo romano (Ditadura comissária).

O papel dessa Ditadura comissária era o de suspender a Constituição como forma de protegê-la e restabelecer a situação de normalidade, porque condição de eficácia do próprio ordenamento jurídico. Schmitt ainda a distingue da Ditadura soberana, em que não ocorria a suspensão da Constituição, mas a criação de condições visando o estabelecimento de uma nova ordem constitucional, no que guardariam semelhança com o Poder Constituinte que se manifesta em processos revolucionários.

A importância do pensamento schmittiano reside, portanto, em redefinir a soberania libertando-a da clausura do esquecimento a que fora condenada pela concepção normativa do Direito, podendo, ademais, identificar os dois momentos onde se apresenta em plenitude: o Poder Constituinte e o Estado de Exceção, ocasiões em que se instauram cenários localizados num ponto ambíguo entre o Direito Público e o poder de fato político, entre o direito e a vida (AGAMBEN, 2004, p. 28).

Em que pese certa dificuldade dos teóricos em compreender a dinâmica de produção jurídica que se apresenta na forma do Poder Constituinte, poder de fato, “extraordinário e

livre na determinação de sua própria vontade” (BERCOVICI, 2008, p. 31), o interesse acadêmico e a habilidade analítica de grandes pensadores têm se dedicado a estabelecer sua compreensão teórica.

O mesmo interesse não parece ter despertado, todavia, o Estado de Exceção, que ainda conforma uma espécie de tabu, principalmente a partir da experiência européia do fascismo na Alemanha e na Itália, no período das Grandes Guerras. Desse ponto de partida, a presente proposta é a de examinar especificamente dos contornos de uma teoria do Estado de Exceção, a fim de estabelecer as linhas mestras de sua fundamentação, extensão e limites.

Em paralelo, se apresenta a necessidade de análise de alternativas de contenção e propostas de limites que permitam o controle – judicial, popular e político – desse estado político, buscando solucionar o seu principal risco: resvalar em puro exercício de Poder e suplantar a vigências da Constituição que visava proteger.

## 1.2 ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DO ESTADO DE EXCEÇÃO.

O racionalismo jurídico procura negar a possibilidade da exceção, que, entretanto, insiste em se apresentar factualmente na forma de emergências e ameaças ao Estado de Direito. Diante da realidade factual, optou-se em inscrevê-la (a exceção) sob a ótica do estado de necessidade, ou mesmo, sob o manto da legítima defesa estatal: *necessitas legem non habet*, adágio que AGAMBEN aponta implicar em dois sentidos de compreensão: a) a necessidade não reconhece nenhuma lei, e b) a necessidade cria a sua própria lei (*nécessité fait loi*), casos em que: “[...] a teoria do estado de exceção se resolve integralmente na do *status necessitatis*, de modo que o juízo sobre a subsistência deste esgota o problema de legitimidade daquele” (2004, p. 40).

### 1.2.1. A necessidade como fundamento do estado de exceção.

Segundo observação de Bercovici, também para Jellinek, a necessidade representa fonte do direito, não somente nos períodos de crise – onde se apresenta com maior vigor – mas também nos períodos de normalidade. A necessidade política é a força motriz das transformações e mutações constitucionais, conclusão a que também converge Romano, ressaltando que, no entanto, que “a violação e as restrições das liberdades individuais não se

justificam por um direito subjetivo do Estado, mas pela necessidade e impossibilidade de aplicar as normas que regulam a vida normal estatal” (BERCOVICI, 2008, p. 227).

O estado de necessidade, pois, se apresenta como o elemento justificante da adoção de poderes excepcionais, nada obstante a habitual tentativa dos constitucionalistas em tipificarem as situações fáticas que os autorize e os esquemas de controle, desconhecendo que, a mera regulamentação de uma situação excepcional contribuir para retirar dela o seu caráter de excepcionalidade, em uma espiral tormentosa que nunca alcança fim.

A exceção é justamente o que escapa à previsão e, portanto, refratária ao controle prévio. De certo que algumas situações que antes se apresentavam com a nota de excepcionalidade, como guerras e as rebeliões internas, alcançaram, pela reiteração, um determinado nível de previsibilidade e regulamentação, dada a observação de suas constantes deflagrações, de modo que permitem ser suficientemente regulada pela maioria dos ordenamentos constitucionais.

Entretanto, o momento pós-moderno apresenta novos receios, quais: ameaça atômica internacional pulverizada, guerrilhas armadas em verdadeiros exércitos, desastres ecológicos de altíssima magnitude, ataques tecnológicos de grandes proporções e ameaças quejandas, que sequer são acessíveis à especulação humana e que, portanto, não apresentam respostas adequadas ao seu combate e enfrentamento.

Essas novas ameaças que detém na atualidade o potencial de deflagrar períodos críticos e risco concreto de subsistência dos ordenamentos estatais, e quiçá mesmo à própria Humanidade, na forma de seu aniquilamento total são, portanto, aptas a apresentarem aos Estados constitucionais situações extremas inteiramente novas e imprevistas, exigindo pronto enfrentamento. Em que medida, portanto, estarão as normas jurídicas prontas e dispostas a se (des)aplicarem? Há possíveis controles institucionais de acompanhamento das medidas críticas? É possível estabelecer algum tipo de mecanismo de controle pela comunidade internacional? Essas são somente algumas das questões que devem ser objeto de reflexão serena e impassível, de modo que a ocorrência da crise não ponha abaixo todo o modelo estatal da normalidade.

O que, portanto, deverá ser levado em consideração é que, a par de todo o esforço normativo de se estabelecer limites nos regulamentos constitucionais, a realidade fática é

infinitamente mais rica que a engenhosidade humana e, assim, é defensável a tese que rejeita a tentativa de colocar sob o jugo de normas aquilo que, em essência, é imponderável:

O legislador sempre pensa que as crises podem ser enfrentadas sem sair da estrita legalidade. Se a legislação de exceção permitiu que se resolvesse uma crise sem ultrapassar os limites legais, não significa que servirá para solucionar outra. As crises são imprevisíveis. No fundo concordamos com a afirmação de François Saint-Bonnet, toda previsão de legislação de exceção é inútil. A legislação de exceção trata de algo que, na realidade, não consegue dar conta. (BERCOVICI, 2008, p. 40).

Segundo essa linha de compreensão, o objeto de uma legislação de emergência deve ser eminentemente procedimental, visando impedir a normalização da emergência e prevenir os abusos daquele a quem incumba o exercício dos poderes emergenciais. A par de toda tentativa de controle – e, sobretudo, a discussão sobre a natureza do controle judicial ou legislativo – observa-se que a legitimação dos atos praticados durante os períodos de grave crise depende do respaldo popular e político que venham a receber, e não da sua concordância com dispositivos de natureza jurídica.

Agamben aponta para a divisão na prática e na doutrina constitucional sobre a oportunidade de se inserir, no próprio texto constitucional ou no ordenamento legal, normas que procurem regulamentar o Estado de Exceção, o que se apresentaria, segundo Schmitt, como inadequada pretensão de regular por lei o que não pode ser regulado.

Isso porque no plano da Constituição material, o Estado de Exceção existe, na forma de imanente possibilidade, em todos os ordenamentos constitucionais independente de previsão, guardando semelhança com o direito de resistência: “De fato, tanto no direito de resistência quanto no estado de exceção, o que realmente está em jogo é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação em si extrajurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 24).

De se apontar que, para Schmitt, Ditadura não é o antônimo de democracia, visto que, a depender das circunstâncias, pode ser implementada para a defesa da própria ordem democrática (Ditadura comissária) ou mesmo para criar as condições para a sua implementação, através de processo revolucionário (Ditadura Soberana), ainda que implique, transitoriamente, em ambos os casos, em suspender o âmbito de eficácia do princípio democrático e dos valores liberais. Schmitt amplia tal concepção para abranger o Estado de Exceção como aquele em que se suspende toda a ordem jurídica e, entretanto, o Estado subsiste ainda sob uma ordem, ainda que sem a eficácia do elemento jurídico:

Entretanto, nessa situação, fica claro que, em detrimento do Direito, o Estado permanece. Sendo o estado de exceção algo diferente da anarquia e do caos, subsiste, em sentido jurídico, uma ordem, mesmo que não uma ordem jurídica. A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se absoluta em sentido real (SCHMITT, 2006, p. 13).

Nesse plano, atenta-se, com frequência para a frustração de expectativas normativistas de regular o excepcional por meio de previsões constitucionais se, o que se verifica é a facilidade com que tais previsões são superadas em momentos críticos, valendo, dentre tantos, o exemplo ocorrido nos primórdios da democracia norte-americana, durante a Guerra de Secessão, sob a presidência de Abraham Lincoln, foram adotadas medidas excepcionais dissonantes dos limites normativos traçados na Constituição Americana.

Naquela ocasião, o Presidente Lincoln fora o responsável por adotar a decisão soberana, ao determinar, por sua exclusiva iniciativa e de modo divergente das provisões constitucionais, a mobilização geral das Forças Armadas, a suspensão do *habeas corpus*, a censura da imprensa, o bloqueio de portos do sul e a aplicação da lei marcial sem formalmente proclamar o Estado de Exceção, medidas que, a par da violação do procedimento constitucional, restou referendada pelo Congresso Americano, o que fez Schmitt reconhecer no Presidente a figura do soberano (apud AGAMBEN, 2004, p. 34-36).

Nesse panorama jurídico e histórico, Schmitt enxergou o caso exemplar de Ditadura comissária, como percebido por Agamben em suas anotações sobre a experiência da decisão soberana:

Os dois problemas atingem um limiar crítico com a Guerra Civil (1861-1865). No dia 15 de abril de 1861, contradizendo o que diz o art. I, Lincoln decretou o recrutamento de um exército de 75 mil homens e convocou o Congresso em sessão especial para o dia 4 de julho. Durante as dez semanas que transcorreram entre 15 de abril e 4 de julho, Lincoln agiu, de fato, como um ditador absoluto (em seu livro *Die Diktatur*, Schmitt pôde, portanto, citá-lo como exemplo perfeito de ditadura comissária: cf. 1921, p. 136). No dia 27 de abril, por uma decisão tecnicamente mais significativa ainda, autorizou o chefe do Estado-Maior do Exército, a suspender o *writ* de habeas corpus, sempre que considerasse necessário, ao longo da via de comunicação entre Washington e Filadélfia, onde haviam ocorrido desordens.

[...] Numa situação de guerra, o conflito entre o Presidente e o Congresso é essencialmente teórico: de fato, o Congresso, embora perfeitamente consciente de que a legalidade constitucional havia sido transgredida, não podia senão ratificar – como fez no dia 6 de agosto de 1861 – os atos do presidente. Fortalecido por essa aprovação, no dia 22 de setembro de 1862 o Presidente proclamou, sob sua única responsabilidade, a libertação dos escravos e, dois dias depois, estendeu o Estado de Exceção a todo o território dos Estados Unidos, autorizando a prisão e o julgamento perante o tribunal marcial de ‘todo rebelde e insurgente, de seus cúmplices e partidários em

todo o país e de qualquer pessoa que desestimulasse o recrutamento voluntário ou que se tornasse culpado de práticas desleais que pudessem trazer ajuda aos insurgentes'. O presidente dos Estados Unidos era agora o detentor da decisão soberana sobre o estado de exceção. (AGAMBEN, 2004, pp. 34-36)

É corrente a noção de que Poder Constituinte se define como poder ilimitado e desvinculado de qualquer determinação jurídica prévia, admitindo-se, somente a sua vinculação cultural, sendo o verso, do qual o Estado de Exceção é o anverso, por se referirem ambos diretamente ao poder soberano e à soberania popular: “Afim, os poderes de exceção são os poderes constitucionais mais próximos do Poder Constituinte” (BERCOVICI, 2008, pp. 37-38).

Assim, se constata que o Estado de Exceção escapa à tentativa de normatização prévia, ao menos enquanto possibilidade real de se apresentar necessário para debelar ameaças à existência da ordem estatal e, segundo a perspectiva apontada, essa mesma possibilidade é o que, em última instância, confere força normativa às previsões constantes do ordenamento estatal (positividade), na forma de constante e implícita possibilidade de a sua inobservância geral (e correlato estado de desordem), poder despertá-lo de seu sono profundo, a restabelecer a ordem fática e, por conseguinte, a eficácia do programa normativo.

### **1.2.2. A proeminência do Poder Executivo**

O estudo histórico também evidencia outra característica central no Estado de Exceção: a de que os poderes se concentrem nas mãos do Poder Executivo, poder vocacionado a exercer com mais destreza a execução das medidas de emergência, com correspondente diminuição dos papéis dos demais Poderes. Tal concentração, todavia, não é usualmente compreendida como ofensa à separação de poderes, como anota Vergottini (2004, p. 178):

Com efeito, nos ordenamentos com concentração de poder, em geral, existe um alto grau de eficiência para combater as emergências, sem que subsistam formas de garantia dos direitos comparáveis àquelas reconhecidas nos sistemas com separação de poderes. Por exemplo, em sistemas com separação de poderes, as normas constitucionais que são suspensas correspondem às atribuições de direção e controle dos Parlamentos e de garantia jurisdicional dos órgãos judiciais, bem como aquelas relativas aos direitos políticos.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em espanhol no original: “En efecto, en los ordenamientos con concentración de poder, por lo general, existe ya un alto grado de eficiencia para afrontar emergencias sin que



É sintomático para Agamben que durante o Estado de Exceção a separação de Poderes tenda a esvanecer, com nítida concentração de poder no órgão de governo (Poder Executivo), o que, invariavelmente, se identifica na edição de atos executivos com força de lei por meio do órgão estatal:

O conceito ‘força de lei’, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente lei, adquirem, entretanto, sua ‘força’ [...] Em nosso estudo do Estado de Exceção, encontramos inúmeros exemplos da confusão entre atos do Poder Executivo e atos do Poder Legislativo; tal confusão define, como vimos, uma das características essenciais do Estado DE Exceção (O caso limite dessa confusão é o regime nazista em que, como Eichmann não cansava de repetir, as palavras do Führer têm força-de-lei [*Gesetzkraft*]. (AGAMBEN, 2004, p. 60-61)

Isso decorre da necessidade de rapidez na tomada de decisões e na prontidão de respostas práticas em situações emergenciais, que conferem natural vocação ao Poder Executivo em empreendê-las, pois, conforme anota Tavares: “além de uma estrutura mais hierarquizada e menos dependente de instâncias deliberativas que o Legislativo, possui ascendência sobre os órgãos de segurança e de defesa e uma rede ativa de tratamento de informações” (2006, p. 16).

A dificuldade de instituição de controles nessas circunstâncias reside em discernir o ponto exato em que o detentor dos poderes emergenciais, outorgados para a defesa da ordem constitucional, os subverte em prol de objetivos políticos diversos e, assim, passe de guardião a inimigo dessa mesma ordem, por meio de uma ruptura política em que pretenda instituir uma nova ordem.

Essa, portanto, o problema essencial acerca do Estado de Exceção: a suspensão de ordem jurídica que se institui para a preservação de uma ordem política se degenera em instrumento fático de pura força que acaba por desferir o golpe final no sistema democrático, normalizando-se a supressão de garantias fundamentais.

Agamben anota que todas as tentativas de se teorizar acerca da Ditadura constitucional (aquela que se instaura para a preservação da ordem jurídica e democrática) incidem em aporia fundamental: impedi-la de se transmutar em ditadura inconstitucional (que leva à

---

subsistam formas de garantía de los derechos equiparables a las reconocidas a los ordenamientos con separación de poderes. A título de ejemplo, en los ordenamientos con separación de poderes, las normas constitucionales que son suspendidas corresponden a las atribuciones de dirección y control de los Parlamentos y de garantía jurisdiccional de los órganos judiciales, así como aquellas en materia de derechos políticos”.

derrubada da ordem constitucional), desnudando “o círculo vicioso segundo o qual que as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína”

Essa aporia, portanto, há de ser discutida em vista da criação de mecanismos de controle e arranjos discursivos aptos a dificultar a desvirtuação do momento crítico de defesa social e constitucional em proveito de grupos políticos que arroguem o discurso da exceção como forma de patrocinar violações aos direitos e garantias fundamentais – normalmente adotadas em setores sociais menos favorecidos, por não constituírem grupo de pressão com força política de se fazerem, efetivamente, representar.

### 1.3. ESTADO DE EXCEÇÃO NA IDADE MODERNA.

O paradigma histórico do Estado de Exceção no Direito Público Romano seria, para Schmitt, a magistratura extraordinária da ditadura. Agamben, entretanto, desloca essa referência, constatando que o verdadeiro arquétipo do Estado de Exceção se identifica no *iustitium*, que era decorrente da declaração do Senado Romano que pronunciava o *senatus consultum ultimum* e estabelecia a suspensão de toda a ordem jurídica:

Antes de tudo, o *iustitium*, enquanto efetua uma interrupção e uma suspensão de toda ordem jurídica, não pode ser interpretado segundo o paradigma da ditadura. Na constituição romana, o ditador era uma figura específica de magistrado escolhido pelos cônsules, cujo *imperium*, extremamente amplo, era conferido por uma *lex curiata* que definia os seus objetivos. No *iustitium*, ao contrário (mesmo quando declarado por um ditador no cargo) não existe criação de nenhuma nova magistratura; o poder ilimitado de que gozam de fato *iusticio indicto* os magistrados existentes resulta não da atribuição de um *imperium* ditatorial, mas da suspensão das leis que tolham a sua ação [...] O fato de haver confundido estado de exceção e ditadura é o limite que impediu SCHMITT[...] de resolver as aporias do Estado de Exceção (AGAMBEN, 2004, p. 75).

Na Idade Moderna, inicialmente, o pensamento liberal se opunha a qualquer hipótese de suspensão dos ditames constitucionais, na esteira pensamento de Benjamin Constant que, segundo Bercovici (2008, p. 216) sempre foi contrário à suspensão eventual e episódica da Constituição, por acreditar que os governantes eram postos à prova justamente nos momentos críticos, quando, ao invés de suspendê-los, devia observar de modo ainda mais escrupuloso as leis e garantias constitucionais, posição, aliás, que transportou para o texto da Constituição belga de 1831.

Entretanto, verifica-se que a partir da segunda metade do século XIX, a maioria dos Estados Constitucionais europeus passa a adotar dispositivos expressos acerca dos mecanismos de exceção, quer por meio de regulamentação minuciosa de hipóteses, medidas, duração e efeitos (estado excepcional), ou ainda pela adoção de cláusulas genéricas e abertas de poderes excepcionais conferidos ao Poder Executivo (Ditadura constitucional), na forma do estado de sítio e da lei marcial.

Na França, percebe-se a expansão do paradigma da guerra (estado de sítio) a partir da edição das Leis de 27 de agosto de 1797 e 5 de setembro de 1797 (Lei 10 de frutidor do ano V), quando se passa admitir a instauração do estado de sítio de forma preventiva em duas situações: a) real ou militar – em territórios atacados em guerra, e b) fictício ou político – relativos aos locais ameaçados por sedições ou perturbações da ordem interna.

Não foge à constatação, entretanto, que o Estado de Exceção, a partir do período das Grandes Guerras Mundiais, tenha degenerado em puro totalitarismo e abuso, sobretudo com a ascensão e domínio do partido Nacional-Socialista (nazismo), na Alemanha, e a edição do decreto de emergência obtido por Hitler, que esteve em vigor de modo ininterrupto entre os anos de 1933 e 1945, em permanente Estado de Exceção que, assim, perdurou por 12 (doze) anos, período em que a Era Moderna assistiu às mais profundas violações dos direitos humanos, assinaladas por Corval (2009, p. 119):

A desmontagem da Constituição na primeira metade do século XX repercutiu em temáticas que, de um modo geral, constam dos textos constitucionais. Segundo Kāgi, as normas que cuida da relação cidadão-Estado são afetadas pelo avanço do Estado ‘totalitário’, perdendo os direitos fundamentais seu sentido absoluto em detrimento da ‘teoría de la falta de limites al poder de revisión de la Constitución’. Por mutação constitucional a idéia de separação de poderes é reformulada, concedendo-se ao Executivo maior importância na resolução dos problemas sociopolíticos e econômicos [...] Também as normas concernentes ao regime democrático representativo se vêm afetadas pelas tendências autoritárias de homogeneidade e totalidade. O processo legislativo é abreviado em detrimento da urgência e da necessidade. O princípio federativo é modificado em prol de uma centralização territorial do poder.

A existência do Estado de Exceção, visto como realidade política que pode se desvirtuar em “armadilha teórica”, merece desenvolvimento na teoria constitucional, a fim de prevenir sua subversão, sob as suas vestes, em Estado total. O desenvolvimento teórico a partir das traumáticas experiências da guerra e do terror nazista se redefine em direção à dignidade humana e à concretização dos direitos fundamentais, procurando-se restabelecer em plano teórico, a normatividade da Constituição, como registra Corval (2009, p. 119):

Por influência da doutrina norte-americana e, em especial, da crescente doutrina alemã da segunda metade do século XX, restabelece-se a noção de normatividade da Constituição contra o decisionismo que havia prevalecido nos anos de guerra e exceção. [...] Vê-se emergir, enfim, na tentativa de conciliar normatividade e decisão política, o Estado Democrático de Direito [...]. O direito inicia sua trajetória de superação do positivismo e se reencontra com a moral, concebendo-se a Constituição como centro axiológico-normativo do sistema político-jurídico.

No segundo período do século XX, o Estado Democrático de Direito se viabiliza, a par de abalos e alterações, adotando procedimentos de flexibilização como forma de permitir algum âmbito de abertura à decisão política, adequada pelo critério da proporcionalidade às demandas da realidade política e social.

De resto, aponta para a ausência de tentativas de se apresentar uma teoria geral do Estado de Exceção, por vezes negligenciada por ser tomada como *mera* questão de fato, política e extrajurídica. Desse ponto de partida, Agamben procura reconduzir o problema para a zona de sua exata localização, definido como “um ponto de desequilíbrio entre direito público e fato político”, e mesmo, “uma franja ambígua e incerta, na interseção entre o jurídico e o político” (2004, p. 28):

Schmitt, em que pese reconhecer a autonomia factual do Estado de Exceção, enquanto “suspensão de toda a ordem jurídica” que “parece escapar a qualquer consideração de direito”, defende a essencial relação que deva guardar com a ordem jurídica: “A ditadura, seja ela comissária ou soberana, implica a referência a um contexto jurídico” e, ainda, “o Estado de Exceção é sempre algo diferente da anarquia e do caos e, no sentido jurídico, nele ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica” (2006, p. 13).

De modo que possível perceber que no Estado de Exceção permanece imanente uma ordem heterônoma de ajustamento dos comportamentos dos componentes de uma sociedade, coercível por meio do emprego da violência legítima, monopólio estatal, por meios diversos da ordem jurídica.

Isso porque o Estado de Exceção não anula as normas jurídicas, mas atua na suspensão de sua vigência, permanecendo em vigor (porém ineficaz) a ordem jurídica suspensa, sendo, para esse fim, necessário estabelecer a diferença entre normas jurídicas e normas de realização do direito: “A ditadura comissária mostra que o momento da aplicação é autônomo em relação à norma enquanto tal e que a norma pode ser suspensa sem, no entanto, deixar de estar em vigor” e a partir dessa premissa, concluir que se poderia “definir o estado de exceção

na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e sua realização atinge a máxima intensidade” (AGAMBEN, 2004, p. 58).

A obra schmittiana traduz a essencial posição decisionista, segundo o qual a instituição do ordenamento jurídico é sempre derivada de uma decisão primeva adotada pelo titular do poder soberano quanto à existência da situação de normalidade adequada e necessária à aplicação das normas jurídicas, que bem se expressa na compilação direta ao texto de Schmitt feita por Agamben (2010, p. 22-23)

A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mas, ao mesmo tempo, torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão. Na sua forma absoluta, o caso de exceção se verifica somente quando se deve criar a situação na qual possam ter eficácia normas jurídicas. Toda norma geral requer uma estruturação normal das relações de vida, sobre as quais ela deve encontrar de fato aplicação e que ela submete à própria regulamentação normativa. A norma necessita de uma situação média homogênea. Esta normalidade de fato não é um simples pressuposto que o jurista pode ignorar; ela diz respeito, aliás, diretamente à sua eficácia imanente. Não existe nenhuma norma que seja aplicável ao caos. Primeiro se deve estabelecer a ordem: só então faz sentido o ordenamento jurídico. É preciso criar uma situação normal, e o soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina de fato. Todo direito é ‘direito aplicável a uma situação’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua integralidade. Ele tem o monopólio da decisão última. Nisto reside a essência da soberania estatal que, portanto, não deve ser propriamente definida como monopólio da sanção ou do poder, mas como monopólio da decisão, onde o termo decisão é usado em um sentido geral que deve ser ainda desenvolvido. O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito.

Pode-se opor a essa concepção que a exigência de uma situação média homogênea, traduzida na precedência da ordem à norma, cabendo ao soberano criar e reconhecer a situação de normalidade antes de se instituir o Direito. Ademais, ainda adota, por pressuposto e consequência, a estruturação monolítica da sociedade civil, na medida em que eleva a homogeneidade da expectativa dos comportamentos regulado do corpo social como condição necessária de eficácia do ordenamento jurídico estatal, pensamento com conhecidas consequências históricas de intolerância e exclusão de minorias, étnicas, raciais.

O resultado desse posicionamento é nitidamente autoritário e se ancora na ideia de prevalência (ou primado) da Política sobre o Direito, vale dizer: de reconhecimento da *auctoritas* na posição central do sistema político, com predicação de suspender, de modo temporário e transitório, a eficácia das normas jurídicas quando necessário à defesa e

preservação da própria ordem constitucional, posta em grave perigo por qualquer fator, interno ou externo.

A questão adormece insolúvel entre decidir se a homogeneidade dos integrantes da sociedade civil sujeitos à mesma ordem jurídica é condição necessária de sua eficácia – posicionamento que carrega, em via de consequência, à necessidade de estabilização homogênea da sociedade (que, levada a exagerados matizes, prestaria a justificar a adoção de medidas excludentes: monoculturalismo e controle moral, xenofobia, supremacia racial, extermínio de grupos, e políticas orientadas à exclusão de parcela da população); ou, se ao contrário, a normalização dos comportamentos é consequência da aplicação das normas e dos processos de interação, diálogo e consenso, cujas repercussões lógicas são, já à primeira vista, o pluralismo social e o respeito ao direito das minorias.

#### 1.4 A CONSTITUIÇÃO EMERGENCIAL DE BRUCE ACKERMAN: ASPECTOS ESSENCIAIS.

Bruce Ackerman (2004) apresentou proposta que permite acalorada discussão pela comunidade acadêmica por conformar modelo inovadora sobre o Estado de Exceção, com adoção de salvaguardas que buscam impedir a sua degeneração prática em Estado Autocrático, o que pretende por meio de provisões constitucionais acerca da redistribuição de funções entre os Poderes – com sensível diminuição do papel do Poder Judiciário - nos momentos de adoção de poderes emergenciais com correlata restrição de eficácia de certos direitos e liberdades fundamentais.

Por identificar nas inúmeras prorrogações de períodos de emergência o maior risco à democracia, no sentido de se normalizarem as restrições às liberdades, o modelo discute como ponto de principal interesse a proposta de controle parlamentar em que o *quorum* de aprovação das prorrogações dos períodos emergenciais apresente rigidez gradativa, o que, importaria em tendência à sua extinção logo que cessados os ataques terroristas.

##### 1.4.1. Prolegômenos teóricos da proposição de ACKERMAN

Ackerman apresenta o seu ensaio com a sombria, porém provável, previsão de que ataques terroristas serão eventos recorrentes no futuro, sobretudo diante das condições tecnológicas de serem deflagrados em qualquer local, de forma quase incontrolável, ataques

que reclamaria respostas legislativas cada vez mais rigorosas e repressivas a resulta em derrocada do sistema de garantias.

Assim, aponta que muitas vozes contrapõem esse receio com a assertiva de que não importa o pânico, não importar a grandeza do evento, sempre se haverá que guardar observância aos direitos civis historicamente reconhecidos. Em que pese respeitar essa posição, dela abre funda divergência, pois acredita que nenhum governo democrático se sustentaria sem administrar o pânico da população e agir para evitar a continuidade dos ataques.

De maneira que Ackerman insta os defensores da liberdade a considerarem outra doutrina: a que permita a adoção de medidas de emergência de curta duração, sem implicar em supressão permanente (*permanent restrictions*) de liberdades civis, através de um regime constitucional de emergência, cercado de salvaguardas que impeçam a sua permanência para além do estritamente necessário a debelar as ameaças terroristas.

Assentadas essas premissas, Ackerman procura enfrentar os aspectos primários e secundários da seguinte questão: “Como deveria uma adequada constituição de emergência se parecer?”, ao que responde com as três linhas mestras de sua abordagem: i) um novo sistema de pesos e contrapesos, a impedir que curtos períodos de emergência se eternizem; ii) criação de incentivos econômicos e indenizações e iii) criação de uma moldura normativa a permitir às Cortes combater os previsíveis abusos.

A crítica inicial de Ackerman se dirige à inadequação do atual modelo repressivo, que oferece solução binária entre guerra e crime como respostas ao Terrorismo. A guerra, por definição, envolve a beligerância de Estados combatentes, tendentes a um ato final: capitulação, armistício ou assinatura de tratado de paz, o que não se afigura nos ataques terroristas, ainda que adote o inadequado rótulo de *guerra* contra o Terrorismo (*war on terror*).

Isso porque, o seu enfrentamento não tende à estabilização, dado que nem a captura, julgamento e condenação dos integrantes de uma organização terrorista são suficientes para debelar a ameaça assegurar a sua neutralização, enfim: o Terrorismo não pode ser guerreado porque não pode ser vencido.

De outro lado, a concepção de crime e o sistema legal de repressão, afiguram-se, também inadequados para o enfrentamento do Terrorismo, considerada a essencial distinção

entre a ameaça terrorista e os demais comportamentos criminosos observados na tradição norte-americana – como a Máfia ou a *ameaça* comunista dos tempos de Guerra Fria, pois enquanto organizações criminosas procurem manter suas ações furtivas e distantes dos olhos da população, terroristas assumem a lógica de ostensivo desafio à própria existência da autoridade e, portanto, inspiram um pânico maior na sociedade, onde é necessário a adoção de medidas orientadas a “reafirmar” a autoridade estatal soberana.

Nesse plano, aponta que o Terrorismo demanda resposta soberana diferenciada, visto que necessário debelar, além dos danos causados pelo ataque, o sentimento difuso de pânico que se instala sobre a população e que tem por efeito colateral o levante e o questionamento da eficiência das autoridades constituídas em evitar um segundo ou terceiro ataques e, enfim, a própria soberania estatal.

Nessa linha, defende Ackerman que a função essencial do modelo legal de combate ao Terrorismo não pode descurar da função de restabelecimento da confiança da população (*reassurance function*), o que somente se afigura possível com a suspensão das liberdades civis clássicas, dentre as quais enumera a garantia contra prisão infundada impeditiva das detenções em massa.

Assim, Ackerman observa que a maioria das Constituições escritas prescreve regimes de excepcionalidade (emergência), fundados tradicionalmente nas situações fáticas de riscos de invasões externas ou rebelião interna, circunstâncias em que o Governo é autorizado a adotar medidas excepcionais na sua luta pela sobrevivência.

Ackerman identifica, nesse contexto, que o problema atual do Terrorismo não configura hipótese legal apta a deflagrar o regime de emergência tradicional e requer uma reformulação da idéia clássica de poderes emergenciais, sob o prisma de que as ações terroristas têm por efeito direto deflagrar tanto a ameaça psicológica na população quanto a ameaça existencial ao regime político.

O terror psicológico reinante logo após um grande ataque terrorista não seria capaz, por si só, de derrubar a autoridade política. Todavia, o efeito mediato do pânico de uma novo ataque inspiraria os titulares do poder político ao abuso dos esforços em restabelecer a normalidade (*reassurance function*), ambiente em que certamente arruinariam o edifício das liberdades e garantias individuais, ou seja, contribuindo para a fundamental aporia do Estado de Exceção.



Assim, Ackerman, se preocupa, a priori, em evitar a normalização de tais medidas pela adoção do modelo constitucional emergencial marcado pela transitoriedade e curta duração, cuidando de estabelecer o seu desenho funcional e institucional, diante da insuficiência da provisão constitucional da Constituição Norte-Americana que se limita à previsão da garantia de *habeas corpus* em casos de rebelião ou invasão do território.

#### **1.4.2. Desconfiança de ACKERMAN à atuação do Poder Judiciário em período de crise.**

O papel de defesa da Constituição assume grande relevo, sobretudo nos momentos de emergência, onde o risco de perecimento estatal legitimaria ações defensivas enérgicas. Essa função defensiva também é verificada na base do pensamento schmittiano, como registra Zaffaroni (2007, p. 145):

Na ordem interna, Schmitt deduzia que nas emergências, que são os momentos em que cabe definir e enfrentar o inimigo, o poder de defender a Constituição corresponde ao Executivo e não ao Judiciário, pois considerava este último um poder burocrático, útil na normalidade, mas não na emergência. O Judiciário seria útil uma vez definido o inimigo, mas não no momento de crise que demanda a definição e a neutralização. Daí que, quando se trata da defesa da própria Constituição, considera-se que o soberano (o político) é quem está habilitado para decidir e, de acordo com isso, para suspender todos os limites e garantias até onde julgar necessário, sem controle algum do Judiciário. Isso é explicado pela afirmação de que a Constituição é um conjunto de leis e que algumas têm prioridade sobre as outras: considera que o princípio republicano, por exemplo é prioritário e, por conseguinte, para salvá-lo, todas as garantias e direitos podem ser suspensos.

Na sua proposta, Ackerman afasta do controle inicial o Poder Judiciário, atribuindo-o exclusivamente ao Poder Legislativo, por desconfiar que aquele não esteja, tradicionalmente, preparado para assegurar as garantias individuais em períodos de crise:

Então, quando surge uma crise real, os juízes podem exibir notável flexibilidade para o expediente, enquanto cobre suas trilhas com discurso confuso e ocasionais participações restritivas. À medida que a crise diminui, podem inaugurar um período de reavaliação agonizante, lançando dúvidas sobre a adequação constitucional de sua permissividade momentânea<sup>2</sup> (ACKERMAN, 2004, p. 1042).

A razão dessa dura crítica e desconfiança remonta à atuação do Poder Judiciário em crises anteriores, com especial destaque para o precedente da Suprema Corte no julgamento

---

<sup>2</sup> Tradução livre da seguinte passagem, em inglês no original: “Then, when a real crisis arises, judges can display remarkable flexibility for the interim, while covering their tracks with confusing dicta and occasional restrictive holdings. As the crisis abates, they can inaugurate a period of agonizing reappraisal, casting doubt upon the constitutional propriety of their momentary permissiveness”

*Korematsu v. United States* em que o grande defensor das liberdades civis, *Justice* Hugo Black, reconheceu a validade de das medidas emergenciais relativas à instalação de campos de concentração e deportação compulsória de nipo-americanos durante o período das Grandes Guerras.

A permissividade dessas práticas somente se explicaria diante de fraqueza e conservadorismos inerentes ao próprio Poder Judiciário, marcadamente em períodos críticos, o que, no caso apontado, muito após a restauração das circunstâncias de normalidade, ainda na década de 1980, não procedeu a Suprema Corte à revisão do erro histórico do anterior julgamento; o que couve ao Governo, em 1976, com a adoção de ato simbólico do Presidente Ford consistente na revogação da ordem de detenção e, ao Congresso pela aprovação de lei de reparação aos detidos em campos de concentração em 1988.

Aponta como agravante a circunstância de que a guerra contra o Japão atingira um termo final, todavia, a *guerra* contra o terrorismo nunca findará, implicando em tendência à normalização das condições emergenciais.

Por essas razões, Ackerman aparta o Poder Judiciário da análise inicial de questões referente à regularidade do regime emergencial, reservando-lhe funções de controle no curso do período emergencial, consistentes em: macrogerenciamento e microjulgamento.

A primeira participação de monta do Judiciário ocorreria caso o Poder Executivo em flagrante desrespeito da negativa legislativa de prorrogação do prazo do regime emergencial, apelasse para a demagogia e invocasse apoio da maioria da população, hipóteses em que o Presidente seria acusado como inimigo do regime constitucional perante a Corte Suprema (macrogerenciamento).

A principal função do Judiciário, no modelo de Ackerman, residiria no microjulgamento consistente em análise de casos individuais dos detentos. O órgão de acusação deveria, ao cabo do período emergencial, restituir prontamente a liberdade àqueles sobre quem não recaíssem fortes evidências de autoria ou participação nos ataques terroristas, visto que a função primordial do estado de emergência é de propiciar aos investigadores tempo suficiente para empreender sérias investigações.

Os juízes – normalmente cautelosos – atuariam ao término do estado de emergência, em sua função natural de julgamento dos processos criminais com plena eficácia dos direitos e garantias individuais e do devido processo legal.

Ackerman ainda manifesta contrariedade à realização de audiências judiciais imediatas, logo após as prisões. Entretanto, há razões aconselham a apresentação imediata dos detentos a um juiz: a) para que a acusação apresente as bases mínimas da detenção, evitando-se minimamente atuações arbitrárias, e b) conceder ao detento uma identificação burocrática.

As audiências inaugurais, entretanto, deveriam ocorrer após o curso de prazo entre 45 (quarenta e cinco) a 60 (sessenta) dias de detenção, período no qual seriam exigidas fortes evidências de participação do detento nos ataques, sob pena de sua imediata liberação, impedindo-se nova prisão da mesma pessoa que não apoiada em nova e robusta evidência.

Nesse sistema, Ackerman identifica ainda outro importante papel dos juízes: desestimular e coibir a prática de tortura e, nesse ponto, apresenta a única medida que o seu regime não tolera ao contrário de autores que indica serem são simpáticos à utilização de métodos coercitivos de interrogatório, como Dershowitz que defende a revisão da proibição da tortura, de modo a permitir que os juízes expeçam mandados de tortura (*torture warrants*) em casos extremos, onde o seu emprego possa ser “justificado” (apud ACKERMAN, 2004, p. 1072).

De modo a coibir a prática nefasta, os juízes teriam importante papel de fiscalização, e também os advogados a quem deveria ser garantida a plena comunicabilidade plena com os detidos.

#### **1.4.3 Óbices institucionais à normalização da emergência.**

Ackerman, de sua parte, não desconhece o temor de que o regime emergencial adotado após um ataque terrorista possa se prolongar em demasia, mas procura construir mecanismos para impedir essa prorrogação, adotando como seu principal desafio criar provisões constitucionais que permitam o restabelecimento da confiança em curto prazo sem possibilitar um dano permanente aos compromissos fundamentais de liberdade e do Estado de Direito.

Esse desafio é submetido a um minucioso sistema de *check and balances* do Poderes constituídos, com confessada inspiração na Ditadura Comissária do Direito Romano, magistratura extraordinária instituída em períodos de crises para a preservação da República, quando o Senado romano poderia propor aos dois cônsules (chefes do Executivo), que indicassem um ditador para exercer os poderes emergenciais. Havia somente duas regras rígidas: a) o ditador não poderia ser nenhum dos cônsules, o que restringia a possibilidade de

nomeação aos casos de estrita necessidade e b) o prazo da emergência era fixado em seis meses, sem prorrogação em nenhuma circunstância.

Os poderes do ditador eram extensos, entretanto observava as seguintes restrições: a) continuava a depender de financiamento autorizado pelo Senado; b) não poderia exercer a função jurisdicional e c) o exercício dos seus poderes se limitava à defesa e, assim, não poderia determinar ofensivas bélicas.

#### 1.4.3.1 A escalada sobremajoritária.

Dessa inspiração originária, Ackerman aponta que questão essencial não gravita sobre o que pode ser inserido dentro dos poderes de emergência, mas sim o tempo pelo que possa perdurar o regime excepcional, de modo que estabelece como proposta central, a escalada sobremajoritária (*Supermajoritarian Escalator*), sistema em que o Poder Executivo poderá adotar poderes emergenciais, de forma unilateral, por brevíssimo período (uma semana se o Congresso está reunido; duas semanas, em caso de recesso)

Nesse prazo, deverá o Poder Legislativo aprovar as medidas excepcionais pelo voto da maioria dos seus membros (maioria absoluta). Essa primeira aprovação com duração determinada em 2 (dois) ou 3 (três) meses, e cuja prorrogação demandaria aprovações sucessivas, qualificada por maiorias cada vez mais rígidas: 60% (sessenta por cento) para o próximo período de 2 (dois) ou 3 (três) meses; 70% (setenta por cento) na próxima prorrogação e 80% (oitenta por cento) nas demais prorrogações.

A necessidade de votações periódicas manteria aceso o debate sobre a necessidade de manutenção do regime emergencial e, de outro lado, tenderia à extinção, visto que, no curso de 8 (oito) ou 12 (doze) meses de emergência, sua prorrogação poderia ser obstada por apenas 21% (vinte e um por cento) do Parlamento, minoria impensável em um sistema pluralista a não ser em continuidade dos ataques terroristas.

#### 1.4.3.2 Controle da informação pela minoria.

A condição necessária ao regular funcionamento do sistema sobremajoritário repousa em o controle da informação seja exercido pela minoria parlamentar, porque previsível que, no exercício de plenos poderes emergenciais o Executivo adotasse medidas constritivas das liberdades individuais, notadamente a realização de prisões em massa ao desamparo de

indícios concretos de suspeita, com prisão de milhares de pessoas – dentre as quais uma grande parte de inocentes – mas que, por sorte, conteria alguns dos operadores terroristas:

Enquanto muitas pessoas absolutamente inocentes serão arrastadas para a rede, os "suspeitos de costume" identificados por agências de contra-inteligência, estima-se que também se alcance alguns dos conspiradores genuínos. Se houver sorte, a detenção de alguns operadores-chave pode perturbar as redes terroristas existentes, reduzindo a probabilidade de um rápido segundo ataque e sua espiral de medo<sup>3</sup> (ACKERMAN, 2004, p. 1050).

Nesse contexto, Ackerman acredita ser natural que o Poder Executivo tendesse a encobrir informações do público por exigências de sigilo. Dentro de um eficaz sistema de *check and balances* o controle sobre a informação, referente à seleção de relevância da publicidade deveria ser conferido a uma Comissão Parlamentar com garantias de total acesso às informações, onde fosse garantida à oposição parlamentar a maioria dos assentos, e os cargos diretores. Finalmente, ao término do período de exceção deveria ser obrigatória a instauração de Comissão Parlamentar de Inquérito, que deverá apresentar relatório no prazo de um ano.

#### 1.4.3.3 Objetivos do modelo de ACKERMAN

A finalidade primária da legislação emergencial de Ackerman é a de oferecer rápida resposta coletiva. Tão logo debelada a ameaça, deverá ser promovida a justiça àqueles indivíduos que tenham sido injustamente atingidos em sua liberdade ou patrimônio.

Entretanto, durante a emergência, deverão ser suspensas as garantias tradicionais do direito penal, no propósito de identificar e aprisionar potenciais terroristas antes que tenham tempo de promover um segundo (ou terceiro) ataque.

Sem examinar em profundidade quais seriam as medidas emergenciais autorizadas, o autor se limita a apontar a possibilidade de efetuar prisões baseadas em meras suspeitas (sem necessidade de inícios razoáveis)

---

<sup>3</sup> Tradução livre da seguinte passagem, em inglês no original: “While many perfectly innocent people will be swept into the net, the ‘usual suspects’ identified by counterintelligence agencies may well contain a few of genuine conspirators. If we are lucky, the detention of a few key operators can disrupt existing terrorist networks, reducing the probability of a quick second strike and its spiral of fear”.

Sobre as críticas feitas ao modelo de Ackerman sobressai a de que o seu modelo é meramente formal, e que, de todas as medidas coercitivas possíveis, a única rechaçada pelo autor é a tortura.

De fato, Ackerman se coloca com firmeza contra a possibilidade de utilização da tortura como meio investigatório e aponta o limite material de que durante o período de emergência não se possa alterar as leis sobre organização e separação dos poderes, ao tempo em que defende e acredita que o modelo criado é eficaz para limitar o exercício dos amplos poderes concedidos ao Poder Executivo para a defesa da ordem democrática, sobretudo por impedir a sua normalização através de sistema de maiorias crescentes.

Expostas as linhas gerais do modelo institucional de emergência de Ackerman, cuidaremos de examinar a sua proximidade com o pensamento de Schmitt, invocado pelo próprio Ackerman em nota de rodapé (2004 p. 1044), em que também lhe atribui a pecha de pensador fascista.

Cabe registrar que Ackerman não procura formular uma teoria geral sobre o Estado de Exceção e nem mesmo procura inscrevê-lo nas linhas das formulações existentes, limitando-se a cunhar um modelo prático de emergência, sem, entretanto, enfrentar as aporias que afloram de sua exposição.

Entretanto, a leitura das premissas e da proposta de solução expostas por Ackerman remetem de imediato às idéias desenvolvidas na obra de SCHMITT, sobretudo pela proximidade conceitual com as categorias da Soberania, da Ditadura e do Estado de Exceção.

## 1.6 APORIAS E REFLEXÕES DO MODELO DE EXCEÇÃO PROGRAMADA DE ACKERMAN.

A análise do modelo proposto por Ackerman e, ainda, a sua proximidade conceitual com aspectos teóricos do estado de exceção, pode-se apontar alguns dos principais pontos de crítica, sem demérito do seu esforço teórico e da importância de sua proposta. Mesmo o autor teve oportunidade de posteriormente em escrito posterior referido por Corval (2009, p. 127), reconhecer a imperfeição do seu modelo: “Eu estou feliz por me encontrar entre a multidão de homens de estado que rejeitam o perfeccionismo e resolutamente pretendem conseguir tanta justiça quanto possível – nem mais nem menos”.

### 1.6.1 Localização do soberano no ordenamento jurídico.

A submissão do soberano às normas instituídas é premissa fundamental firmada no curso histórico. Todavia, a concepção de soberania na perspectiva da decisão soberana reacende a discussão, pois desse conceito decorreria a conclusão que, ao soberano – por figurar na posição incoercível do sistema, ou seja, de poder supremo que a todos submete, e não pode ser submetido por se desconhecer poder que lhe seja superior – cabe decidir as condições temporais de se determinar – tanto em casos singulares, mas normalmente de modo universal – a suspensão de eficácia (e não de validade) da ordem jurídica. Sobre tal prevalência, anota Corval (2009, p. 109), com exatidão, que:

Na exceção resta claro que o sujeito da soberania não está adstrito a um catálogo de competências, mas à decisão – ou tem para si uma presunção de competência ou poder ilimitado – circunstância somente aferível num caso concreto. Disso resultaria, na linguagem schmittiana, que o Estado se sobrepõe ao Direito, à validade da norma jurídica. O Estado, na exceção, suspende o direito por fazer jus à autoconservação.

Dessa conclusão se apresenta uma aporia fundamental: consistente em reconhecer ao soberano o poder de se retirar (excepcionar) a si próprio do âmbito da eficácia de qualquer norma jurídica, ou mesmo de todo o ordenamento jurídico, diante da inexistência de poder superior que lhe submeta, legítima e coercitivamente, o comportamento, elemento conceitual de toda e qualquer norma jurídica.

O ponto se traduz em estabelecer a localização do soberano em relação ao ordenamento jurídico, ou seja, sem saber se está dentro – e, portanto, sujeito à ordem imperativa do ordenamento normativo – ou fora do sistema legal – e assim alheio aos comandos das normas jurídicas, a que poderia, portanto, se subtrair.

De plano, percebe-se que o reconhecimento de sua posição exterior apresenta conclusão contrária ao modelo do Estado de Direito – em que governados e governantes devem estar sujeitos às mesmas leis, sob o governo das leis – porque impositiva ao titular do poder soberano de limitações jurídicas historicamente reconhecidas – garantias e direitos fundamentais.

Schmitt aponta que o soberano, por deter a prerrogativa da decisão limite de suspender toda a ordem jurídica se encontrava fora do ordenamento jurídico, entretanto, com essa ordem teria relação de pertencimento, justamente porque é responsável pela mesma decisão, entretanto, a correlação schmittiana do estado de exceção com o instituto romano da ditadura

comissária foi, segundo Agamben, o equívoco teórico que resultou em impedi-lo de resolver as contradições internas de sua própria teoria.

Isso porque a ditadura comissária romana consubstanciava espécie de magistratura extraordinária com amplos poderes de atuação em defesa de Roma contra ataques externos ou rebeliões internas, mas ainda sujeita às limitações previamente estabelecidas e, portanto, a controle do povo e do Senado romanos.

O verdadeiro arquétipo romano do estado de exceção, segundo Agamben é o *iustitium*, adotado em situações emergenciais de ameaças à República, quando o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* aos cônsules e que implicavam na total suspensão da ordem jurídica, franqueando, por conseguinte, a qualquer cidadão romano adotar medidas consideradas necessárias à salvação de Roma: “*Implicava, pois, uma suspensão não apenas da administração da justiça, mas do direito enquanto tal*” (2004, p. 68).

Dessa suspensão decorre, portanto, o tormentoso problema sobre conhecer a natureza dos atos cometidos sob o espaço anômico de suspensão da norma jurídica, porque se produzem num vazio jurídico e, portanto, impassíveis de qualificação jurídica.

### **1.6.2 Confiança no Poder Legislativo**

Nesse ponto, cabe questionar se o Poder Legislativo exerce com destreza a função de controle estabelecida em tal modelo – em comparação à indicada ineficácia do Poder Judiciário em atuar em períodos de crise apontada no ensaio de Ackerman. Para tanto, deve-se buscar o antecedente histórico sugerido por Schmitt na história norte-americana, ocorrido à época da Guerra de Secessão Americana (1860– 1865).

Em apoio dessa tese, com propriedade Cole (2004) indica a relevância do Poder Judiciário como moderador, diante de sua proximidade funcional com o povo, na medida em que as Cortes são instadas a analisarem casos em um específico contexto e não de modo abstrata. Ao contrário do meio político – em que se ignoram as demandas de membros de classes menos favorecidas – o Poder Judiciário tem a obrigação de ouvir os seus reclamos e decidir fundamentadamente os casos concretos.

Cole acrescenta que não fosse o Poder Judiciário o mais indicado para apreciar detenções preventivas, sob um prisma positivo, o Legislativo seria ainda menos indicado, sob um prisma negativo. Por estarem mais diretamente envolvidos com assuntos políticos, e por



geralmente darem suporte às ações do Presidente da República, os congressistas seriam menos confiáveis no dever de proteção das liberdades.

A rigor, parece claro que ambas as constatações não são excludentes recíprocas, mas sintomáticas de que a adoção do regime emergencial reclama, por característica necessária, a abolição provisória da tradicional separação funcional dos Poderes, para reuni-los, de modo concentrado, nas mãos do Executivo.

Nesse contexto, é suficiente reconhecer que as funções de controle dos poderes emergenciais, em momentos críticos, tendem a ser exercidos de modo simbólico, irresistíveis que seriam à situação de pânico geral naturalmente decorrente de ataques terroristas.

Segundo Cole o apelo a tal estado de ânimo da população - que certamente acomete os governantes em idêntica medida - não pode ser adotado como critério justificação para o regime de emergência com a suspensão das garantias, considerada a irracionalidade que orienta os juízos. Assim, afigura-se a razoável conclusão de que a consulta popular em momentos tais tem como efeito conferir aparente legitimidade à utilização de medidas que representam a pura força, ou antes, o exercício de poder de fato.

O justo receio se apresenta em forma de questionamento: O Poder Executivo, assoberbado com poderes ilimitados, seria tentado a prorrogar os seus poderes por meio da normalização da emergência, em claro domínio dos mais fortes, ou, de outro modo, de puro exercício de poder de fato? O risco é presente e não se nega que o maior receio da adoção de medidas excepcionais seja, em si, a degeneração do modelo democrático em sistema autocrático, como se anuncia repetidamente, tanto em exemplos históricos, quanto nas lições dos teóricos, dentre as quais a constatação de Friedrich, apontada por Agamben (2004, p. 20).:

Não há nenhuma salvaguarda institucional capaz de garantir que os poderes de emergência sejam efetivamente usados com o objetivo de salvar a constituição. Só a determinação do próprio povo em verificar se são para tal fim é que pode assegurar isso [...] As disposições quase ditatoriais dos sistemas constitucionais modernos, sejam elas a lei marcial, o estado de sítio ou os poderes de emergência constitucionais não podem exercer controles efetivos sobre a concentração dos poderes. Consequentemente, todos esses institutos correm o risco de serem transformados em sistemas totalitários, se condições favoráveis se apresentarem.

Nesse plano, a preocupação fundamental – e aporia central – da delegação de poderes emergencial, reside certamente na dificuldade de impedir a sua degeneração em totalitarismo irreversível. De certo, a proposta de Ackerman procura fornecer instrumento majoritário que

poderia, em tese, refrear esse processo, na medida em que demandaria a aceitação popular majoritária, em escalas crescentes e, portanto, democrática.

Não se pode olvidar o antecedente histórico lancinante de ineficácia do controle parlamentar dos poderes emergenciais contido no silêncio do parlamento alemão (*Reichstag*) perante o decreto de poderes emergenciais que conferiu titulação jurídica ilimitada à atuação de Hitler por doze anos em que vigorou, quando lhe competiria, na forma do art. 48 da Constituição de Weimar, a função de controle dos poderes emergenciais.

### 1.6.3 Medidas emergenciais e *hostis indicatio*.

Questões que reclamam análise e, sobretudo, avaliação dos elementos empíricos, são: a) em que medida as ações terroristas autorizam a suspensão de direitos fundamentais como medida de exceção; b) como estabelecer limites à utilização do terrorismo como excesso de linguagem, a justificar o discurso ideológico de perseguição de inimigos simbólicos e c) como impedir a transmigração dos discursos de exceção para realidades distintas, como, por exemplo, classificar organizações simplesmente criminosas como organizações ou células terroristas, para franquear medidas de aniquilação e extermínio de parcelas desprotegidas do corpo social.

Nesse sentido, sobressai a verificação histórica de que a deflagração de crises que reclamam a atuação emergencial – com abrandamento de direitos e garantias como modo de incrementar as medidas de ação – caminha junto com a eleição da figura simbólica do inimigo a ser combatido, servindo-se de critério de eleição, sobretudo, o fator étnico ou racial, em revigorada aplicação do instituto romano de *hostis indicatio*, sobre o qual também escreve Agamben (2004, p. 123):

Um terceiro instituto em que a *auctoritas* mostra sua função específica de suspensão do direito é a *hostis indicatio*. Em situações excepcionais, em que um cidadão romano ameaçasse, através de conspiração ou de traição, a segurança da república, ele podia ser declarado *hostis*, inimigo público. O *hostis indicatus* não era simplesmente assimilado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienigena*, porque este, entretanto, era sempre protegido pelo *ius gentium*; o *hostis indicatus* era, antes, radicalmente privado do estatuto jurídico e podia, portanto, em qualquer momento, ser destituído da posse de seus bens e condenado à morte.

Ponto que permanece sem resposta e necessária abordagem no ensaio de Ackerman - como de resto em grande parte das publicações que tratam o tema de forma abstrata e

eminentemente teórica - é, afinal: quais são as medidas necessárias para combater o perigo ou, em outras palavras, quais são as garantias ou direitos fundamentais que devem ser suspensos para a defesa da ordem constitucional?

A crítica usualmente oposta a Ackerman é a de que cuidou apenas desenvolver um sistema meramente formal de regime emergencial, sem apresentar as medidas eficazes a serem autorizadas, expressa somente a ressalva de emprego da tortura - inadmissível em qualquer circunstância.

De modo indireto, pode-se inferir que também admita a prisão desamparada de ordem judicial ou presença de razoáveis suspeitas pelas autoridades policiais, o que se percebe das consideradas detenções em massa como forma de se conseguir, por sorte, deter alguns dos operadores dos ataques terroristas.

São essas medidas suficientes e eficazes para a contenção dos ataques terroristas e, quiçá, para o extermínio do terrorismo? O silêncio de Ackerman demanda a consulta a outras fontes, na tentativa de se conhecer quais têm sido as medidas emergenciais usualmente adotadas na Antiguidade e na Era Moderna pelos Estados para combate das ameaças a existência da ordem estatal.

Cole (2004) aponta a ineficácia real da autorização de detenções em massa diante da ameaça de renovados ataques terroristas, sobretudo na medida em que experiências similares nos antecedentes históricos dos Estados Unidos da América não demonstraram resultados práticos significativos, mas, ao contrário, a libertação das autoridades dos requisitos de demonstração objetiva de indícios, leva, invariavelmente, a detenções realizadas exclusivamente por critérios de raça, etnia ou filiação política.

As referências históricas apontadas por Cole são: a) *Palm Raiders*: em 1919 após a explosão de bombas em 08 cidades americanas, em que o *Justice Department* autorizou a detenção de milhares de pessoas sem qualquer suspeita, e depois se verificou que nenhuma tinha qualquer envolvimento com as explosões; b) 2ª Guerra Mundial – prisão e contenção em campos de concentração de 110.000 pessoas somente por sua origem, por serem nipo-americanos. Nenhuma delas teve comprovada qualquer participação com espionagem ou sabotagem, adotadas como justificativas. (COLE, 2004, p. 1755)

Sem qualquer eficácia na contenção das ameaças e assim, sem qualquer fundamento prático, a medida seria meramente simbólica, de modo a simular ao público que o governo

manteria controle sobre a situação, ao custo de milhares de prisões de pessoas sabidamente inocentes – sobretudo as que apresentam características étnicas que incorporem “o inimigo” – ao que Cole anota que a função de restabelecimento da confiança da população (*reassurance*) corrobora ficção paga com o preço da liberdade de inocentes.

O que está em jogo, em situações de crise, é a suspensão das liberdades jurídicas incorporadas aos documentos constitucionais inibidoras de ações governamentais constritivas da vida, liberdade, patrimônio, associação e livre circulação, como meio suficiente de combate aos ataques terroristas, de modo que se pretende transitório, porque aliado à própria idéia de transitoriedade da crise.

Assim, é possível indicar como corriqueiras nessas ocasiões, as medidas de proibição de reuniões e associações, impedimento e monitoramento de comunicações, congelamento de ativos financeiros, bloqueio e apreensões de bens, expulsão do território, detenções desprovidas de suspeita concreta, suspendendo-se, em contraponto, a liberdade pessoal, a liberdade de expressão e de reunião, privacidade, a inviolabilidade de domicílio e os sigilos bancário, postal, de comunicações.<sup>4</sup>

De outro lado, o modelo legal de combate ao terrorismo nos Estados Unidos da América apresenta contornos de pura exceção das garantias processuais clássicas, atingindo-se mesmo a negativa de acesso ao Poder Judiciário pelos *detainees*, que, segundo previsão legal, deveriam ser julgados por juntas militares, sem recurso aos Tribunais Federais, medida que, em distintas ocasiões, foi rechaçada por decisões da Suprema Corte Americana, que reconheceram o direito de habeas corpus de *detainees* em Guantánamo<sup>5</sup>.

O discurso jurídico e teórico prossegue, ainda, na direção de justificação excepcional do emprego de tortura – sob a névoa lingüística de ‘métodos de interrogatório de terceiro grau’ (*debriefing*)<sup>6</sup> registrado por Lynch (2006) – concentração em campos de prisioneiros e a eliminação da vida humana, não em virtude de imposição judiciária de pena de morte, mas por resultado prático e finalidade mesma da atuação excepcional.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, percebe-se o texto do art. 48 da Constituição de Weimar: “O presidente do Reich pode, caso a segurança pública e a ordem sejam gravemente perturbadas ou ameaçadas, tomar decisões necessárias para o restabelecimento da segurança pública, se necessário com o auxílio das forças armadas. Com este fim pode provisoriamente suspender (ausser Kraft setzen) os direitos fundamentais contidos no art. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153”.

<sup>5</sup> Os precedentes emblemáticos foram proferidos pela Suprema Corte nos casos *Radul vs. Bush*, no ano de 2004 [542 U. S. \_\_\_\_ (2004)], e *Boumediene vs. Bush*, em 2007 – [549 U. S. \_\_\_\_ (2007)].

Ainda aqui, demanda avaliar se a suspensão de direitos fundamentais não ofende o núcleo mínimo de uma Ética universal, e assim, não possa ser recomposto ou minimamente reparado, como sói ocorrer com a odiosa autorização de tortura ou com a eliminação sumária da vida humana, medidas inadmissíveis em qualquer contexto, tanto por atingir a dignidade mínima de qualquer ser humano, quanto por importar em danos irreparáveis.

O breve exame – sem necessidade de maior aprofundamento – do rol das medidas excepcionais importa em revogação do estatuto do cidadão infligido àquele que é objeto dessa versão moderna de *hostis indicatio*, reunidos, com frequência em campos de prisioneiros que acabam por se revelar em verdadeiros territórios de anomia, ou, por outra vertente, a localização geográfica do Estado de Exceção.

Assim, é aferível que o totalitarismo moderno se esgueira sob o manto dos poderes emergenciais, e se firma sobre o discurso de permanente exceção e por pela normalização da emergência, em conceito delineado por Agamben (2004, p. 13):

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio da exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive nos chamados democráticos [...] O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.

Essa constatação tem conformado verdadeira constante histórica, servindo-se como permanente bandeira sobre a qual o ente político deposita os seus receios e desconfianças, como se pode indicar na figura dos descendentes nipônicos na I Guerra nos Estados Unidos e no povo judeu – desde sempre, mas com destaque no Holocausto.

O retrato falado do inimigo moderno, a ser perseguido e subtraído de todo estatuto jurídico e político, e que reflete a imagem daquele que presumivelmente se dedica à prática cotidiana de planejamento e execução de ataques terroristas, segundo um processo de construção imagética que simboliza as características físicas pelas quais o inimigo se encarna a depender do contexto, podendo assumir os traços do mouro árabe, com longa barba e turbante, ou em outras quadras, a imagem do mascarado ou guerrilheiro, todas objeto de maciça e exaustiva reprodução midiática.

A contraposição ao estabelecimento de poderes excepcionais para combate ao terrorismo, em igual medida, opõe o aspecto moral da suspensão de direito e garantias fundamentais como forma de aniquilamento de inimigos simbólicos, definidos *a priori* como alvos de perseguição pública e, simbolicamente construídos por maciça propaganda.

A reflexão sobre o tema ainda deve se orientar sobre a avaliação sobre a real necessidade de se deflagrar o regime de exceção para o combate do terrorismo, reverberando a resposta que Tribe e Gudridge apresentaram à proposta de Ackerman, referida por Corval (2009, p. 131):

Dentre as críticas de Tribe e Gudridge, destacam-se aquelas dirigidas às alegações de Ackerman no sentido de que o governo precisa responder aos ataques terroristas para demonstrar a sua capacidade de restaurar a confiança da população, abalada pelo medo. Para eles, o sacrifício de direitos individuais, em prol de maior segurança não seria o único meio, nem sequer o prioritário, para manter o governo. Além do mais, na eventualidade de ocorrerem novos ataques não adviria idêntica situação de temor e pânico experimentada pela população em 2001. O 11 de setembro teria estigmatizado os Estados Unidos porque pela primeira vez desde o final da Guerra Fria a fragilidade do país em relação aos ataques externos foi revelada. Futuras ações terroristas acabariam absorvidas pelo imaginário da população, não se vislumbrando, então, emergências, mas situações de relativa normalidade.

Nesse plano, deve-se ponderar, refletidamente, de que forma a suspensão de dada garantia fundamental guarda relação de necessidade empírica com a efetiva medida de combate, não conformando justificativa suficiente o incremento ou reforço de um abstrato “sentimento de segurança” (DIETER, 2008, p. 321), o que afasta as medidas de detenção em massa, decorrente da dispensa de evidências concretas, porque não demonstrada empiricamente a sua eficácia na prevenção de (novos) ataques terroristas.

Não parece ser o melhor caminho, dado que negar a existência (ao menos como possibilidade presente) do estado de exceção não contribui para fazê-lo desaparecer – como fenômeno político. Melhor alternativa parece ser redirecionar a discussão para o ponto das situações concretas, de modo a desnudar o discurso da exceção que procura instituí-la a reboque de hipóteses fáticas que, a rigor, não apresentam a necessidade imponderável de suspensão dos direitos fundamentais.

A alteração do arquétipo histórico do Estado de exceção identificada por Agamben revela a sua distinta de natureza, com influência em seus elementos conceituais de modo

suficiente a operar o deslocamento de certas características, como acentua Corval (2009, p. 141):

Analizando o *iustitium* romano, Agamben aponta, em resumo, quatro características da exceção: (i) o estado de exceção é um espaço vazio de direito, em que se suspende o direito, não se vinculando à doutrina da necessidade como fonte originária ou da legítima defesa do Estado, ou ainda, à tentativa de inscrever a exceção na ordem jurídica mediante a separação entre norma e decisão, norma de direito e de realização, poder constituinte, poder constituído; (ii) esse vazio é essencial à existência e compreensão da ordem constitucional; (iii) os atos, sob a perspectiva da exceção, não são executivos, legislativos ou transgressivos, mas um não-lugar absoluto; (iv) corresponde a esse não-lugar uma força de lei sem lei.

Nesse ambiente em que se reconhece a interpenetração do Estado de exceção, como elemento anômico imanente ao sistema normativo, deve-se cuidar em redefinir algumas categorias da teoria constitucional, na esteira do pensamento de Corval, em que a Constituição jurídica e a Constituição real se indiscernem na realidade cotidiana da vida constitucional, sendo antes conquista diária ao invés de catálogo de valores cristalizados pelos costumes e práticas constitucionais:

A Constituição, na perspectiva da exceção permanente é constantemente construída e defendida. Tem de ser mantida acesa se se quiser sustentar alguma vontade de Constituição. Sua eficácia não decorre de uma pretensão abstrata de concretizar disposições escritas, mas do permanente mover de lutas e embates que acabam por lhe conferir – aí sim – certo sentido normativo (CORVAL, 2009, p. 154).

Nesse novo patamar do constitucionalismo, que reconhece e pretende lidar com a permanência do estado de exceção, também os direitos fundamentais adquirem uma coloração substantiva na sua conceituação, agora para consubstanciar:

[...] conquistas axiológicas e deontológicas inscritas nas constituições ou nos costumes constitucionais de determinado grupo. Rejeita-se qualquer espécie de imposição de direitos fundamentais que, em verdade, sirvam de arrimo às intervenções militares e à dominação no cenário econômico. Pela exceção se vê que avanços qualitativos no âmbito dos direitos humanos, notadamente os sociais, não dependerão de atuações de ordem exclusivamente jurídicas. Antes, de ações fora do direito que dele se utilizem instrumentalmente (2009, p. 155).

Nessa nova roupagem, os direitos fundamentais grassam reconhecimento de se constituírem em valores propiciadores da máxima potência criativa ao ser humano e, por via de consequência, ao grupo de indivíduos que constituem o organismo social, no plano interno da ordem estatal. No plano internacional, reforça-se a importância dos observatórios coligados aos organismos internacionais de defesa e proteção dos direitos humanos, ainda que limitados

às funções humanitárias, sem qualquer possibilidade de atuação política, são capazes de desnudar publicamente, em fóruns de âmbito internacional, eventuais excessos, apresentando, assim, à comunidade internacional, o contraponto necessário ao seu enfrentamento.



## 2 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DO ESTADO DE EXCEÇÃO.

No presente capítulo, busca-se aproveitar o acervo teórico reunido sobre a Soberania e o Estado de Exceção como instrumento de análise da realidade política e jurídica, especialmente pela compreensão de textos jurídicos (Constituição, Leis e Decretos-leis) e decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em período recente da História brasileira quando instaurado regime de exceção. O corte temporal se circunscreve na órbita do primeiro governo de Getúlio Vargas, assim conhecido por Estado Novo (1930-1945).

Desse modo, parte-se para a análise dos episódios históricos que levaram, no primeiro Governo de Getúlio Vargas, à decretação de estado de sítio por meio do Decreto n.º 702, de 1936 e à conseqüente outorga da Constituição de 1937 – documento *sui generis* que simboliza peculiar Constituição de Estado de Exceção, porque trazia no próprio texto constitucional a cláusula de suspensão das garantias e dos direitos fundamentais em si estabelecidos.

Nesse acervo histórico, se realizará a comparação com o delineamento conceitual da soberania, ditadura comissária e ditadura soberana, medidas emergenciais e suspensão de garantias, bem como as críticas ao funcionamento do Poder Judiciário para garantia e conservação de direitos em tempos de crise.

Calha advertir, de plano, que a utilização dos casos históricos não procura, ao menos de modo consciente, fornecer justificção de qualquer opção ou modelo contemporâneo, ou seja, evita-se instrumentalizar a História para sustentar idéia panglossiana de incessante progresso (GODOY, 2004).

Nesse caminho, impende, pois, estabelecer a posição prévia que se assume sobre as relações possíveis entre Direito e História, ou melhor, a compreensão que servirá de norte para a utilização do método histórico na pesquisa. De saída, portanto, a convicção de se tratarem, ambas, de ciências do espírito, refratárias à utilização do método científico cartesiano, tradicionalmente adotado em ciências positivas.

A compreensão desse estranhamento metodológico conduziu Gadamer a identificar as formas de experiência da verdade obtidas por caminhos distintos da pretensão universal do método científico, especialmente no campo das ciências do espírito: “com a experiência da filosofia, com a experiência da arte e com a experiência da própria história. São modos de

experiência nos quais se manifesta uma verdade que não pode ser verificada com os meios metodológicos da ciência” (2011, p. 29-30).

Adere-se à proposta epistemológica da hermenêutica filosófica desenvolvida por Gadamer como oriente da avaliação de implicações mútuas de ambos os setores, bem como para a avaliação dos textos jurídicos produzidos no contexto dos períodos de graves perturbações políticas, dentro do círculo hermenêutico proposto pelo autor.

Nesse quadro, a análise dos textos jurídicos que nos lega a tradição, tem especial relevo pelo poder condutor da escrita desde o passado ao leitor contemporâneo, de importância hermenêutica tão encarecida por Gadamer (2011, p. 230):

Nenhum outro gênero de tradição que nos venha do passado se parece com este. As relíquias de uma vida passada, restos de edificações, instrumentos, o conteúdo dos sepulcros, tudo isso sofreu a erosão dos vendavais do tempo que se assolaram sobre eles – mas, desde o momento em que é decifrada e lida, a tradição escrita é de tal modo espírito puro que nos fala como se estivesse presente. Por isso, a capacidade de ler, de compreender os escritos, é como uma arte secreta, como um feitiço que nos libera e nos prende. Nela o espaço e o tempo parecem suspensos. Quem sabe ler o que foi transmitido por escrito atesta e realiza a pura atualidade do passado.

A importância da atividade hermenêutica, portanto, se mostra necessária para tornar presentes e próximos os documentos jurídicos editados sob a égide de modelo político não mais vigente, feita aqui com o declarado intuito de aprofundar o estudo dos contornos teóricos e conceituais do Estado de Exceção.

A propriedade e aptidão do método hermenêutico para os fins propostos, de sua parte, atestavam o próprio Gadamer (2011, p. 231), em conhecida passagem de sua obra:

Como disciplina auxiliar da teologia e da filosofia, a hermenêutica experimentou no século XIX um desenvolvimento sistemático que a transformou em fundamento para o conjunto das atividades das ciências do espírito. Ela elevou-se fundamentalmente acima de seu objetivo pragmático original, ou seja, o de tornar possível ou facilitar a compreensão de textos literários. Não é somente a tradição literária que representa um espírito alienado, necessitado de uma apropriação nova e mais viva; antes, tudo que já não está imediatamente em seu mundo e não se expressa nele e para ele, junto com toda a tradição, a arte e todas as demais criações espirituais do passado, o direito, a religião, a filosofia, etc. encontram-se despojados de seu sentido original e dependem de um espírito que interprete e intermedie, espírito que, a exemplo dos gregos chamados de Hermes, o mensageiro dos deuses.

A questão debatida por Gadamer surge da ruptura realizada no Iluminismo que alijou conceitos adotados na tarefa hermenêutica – na medida em que submeteram toda a Verdade às

exigências rígidas do método científico, indutivo e experimental. Nesse contexto, “a arte da compreensão havia se desenvolvido por dois caminhos distintos: o teológico e o filológico” (2011, p. 241).

Na hermenêutica bíblica, Martinho Lutero pregava a predominância do método literal, pois a Sagrada Escritura é *sui ipsus interpres* (sua própria intérprete), “pois sua literalidade possui um sentido unívoco, o *sensu literalis*, que deve ser medida por ela mesma” (GADAMER, 2011, p. 242), entretanto, anotava que o guia da compreensão do individual é o todo da Escritura Sagrada, onde a interpretação se desenvolve em uma relação circular entre o todo (geral) e o individual (particular):

Em si, essa relação circular do todo e das partes não é nenhuma novidade. A retórica antiga já sabia disso: ela comparava o discurso perfeito com um corpo orgânico e com a relação entre a cabeça e os membros. Lutero e seus seguidores transferiram essa imagem oriunda da retórica clássica para o procedimento da compreensão, e desenvolveram um princípio geral de interpretação de texto segundo o qual todos os aspectos individuais de um texto devem ser compreendidos a partir do *contextus*, do conjunto, e a partir do sentido unitário para o qual o todo está orientado, o *scopus*.

Em arremate dessa relação circular e literal que orientam, de modo permanente, a atividade hermenêutica, anota Gadamer que coube a Dilthey, acrescentar a necessidade do critério histórico: “A compreensão a partir do contexto do todo requer, agora, necessariamente, também a restauração histórica do contexto de vida a que pertencem os documentos.” (2011, p. 245).

Essa posição apresenta, para a pesquisa, um duplo vértice, servindo-se tanto para representar o contexto político passado por meio dos documentos legados pela tradição, quanto para bem interpretar os mesmos documentos, à luz do tempo e do ambiente em que foram produzidos. Aqui se trilha o primeiro caminho.

## 2.1 A NOVA REPÚBLICA (1930-1945)

O Estado Novo consistiu em experiência política contínua e duradoura de Estado de Exceção na História brasileira. A idéia imanente era a de ruptura profunda com a antiga República – pejorativamente denominada República Velha – instaurada a partir da sua proclamação em 1889 e, sobretudo, da vigência da Constituição Federal de 1891.

Tem especial relevo a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder, em 1930, nas circunstâncias que serão examinadas adiante, mas o marco inicial do Estado Novo pode ser

considerado pela outorga da Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937, que instaurou duradouro estado de exceção cuja permanência se estendeu até o ano de 1945, quando o fim da II Guerra Mundial tornou insustentável a continuidade de Vargas no Poder, para onde somente retornaria pelo voto democrático em 1950.

A peculiaridade da Constituição de 1937 é que se traduziu em experiência única de Carta Constitucional de um Estado de Exceção, porque, a par de estabelecer o rol de garantias, direitos e liberdades da tradição constitucional, trazia em seu próprio texto a cláusula da suspensão dessas mesmas garantias e decretação de estado emergencial (art. 186) suspensão que perdurou por todo o tempo de sua vigência, o que levou Loewenstein (1942) a questionar se tal Constituição chegara efetivamente a existir.

O Estado Novo, segundo CARNEIRO (1999, p. 327), compreendeu o período entre 10 de novembro de 1937 a 29 de outubro de 1945 e está diretamente relacionado ao exercício da Presidência da República pela figura de Getúlio Vargas, ou melhor, é possível dizer que Vargas personificava o poder no Estado Novo, em um processo de identificação do poder na pessoa do soberano, comum em estados autoritários. Sobre Vargas, é possível dizer, com FERREIRA (2006, pp.1-2) que:

Getúlio Vargas é um personagem ímpar na história do Brasil. Nascido na cidade de São Borja, no estado do Rio Grande do Sul, situado no extremo sul do país, foi deputado, ministro da Fazenda e presidente de seu estado antes de concorrer à presidência da República em 1930, como candidato de oposição. Derrotado nas eleições, liderou o movimento revolucionário deflagrado em 3 de outubro daquele ano, que acabou vitorioso e o levou à chefia do governo provisório do país. Quatro anos depois, foi eleito indiretamente presidente constitucional. Em 1937, fechou o Congresso e implantou uma ditadura que foi chamada de Estado Novo. No período ditatorial – que coincidiu em parte com os regimes de Hitler, Mussolini, Franco e Salazar –, deu continuidade à estruturação de um Estado nacionalista e intervencionista. Tornou-se extremamente popular, foi chamado de “pai dos pobres”, mas em outubro de 1945, após 15 anos de governo, foi deposto. Ainda assim, meses depois foi eleito senador e, ao declarar seu apoio ao candidato do Partido Social Democrático (PSD), general Eurico Dutra, contribuiu para a vitória deste na eleição presidencial. Voltou ao poder em 1950, agora eleito presidente na legenda do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), e iniciou seu segundo governo em 1951, sob forte oposição da UDN (União Democrática Nacional). Diante do acirramento dos conflitos políticos e da possibilidade de ser mais uma vez deposto, pôs fim à própria vida no dia 24 de agosto de 1954.

Há necessidade de se compreender o contexto político e as circunstâncias históricas que carrearam à edição da Constituição de 1937, bem como avaliar os fundamentos adotados

para o seu implemento e a forma de exercício do Poder Político sob tal Estado, bem como o desenho institucional e o comportamento institucional do Parlamento e do Poder Judiciário.

A partir dessa compreensão dilatada, tornar-se-á possível sujeitar ao crivo da experiência histórica algumas hipóteses já assentadas no capítulo anterior, ou seja, a avaliação da realidade prática habilitará a experimentação de conclusões teóricas alcançadas acerca do Estado de exceção, no procedimento de sua verificação ou falsificação.

## 2.2 ASCENSÃO DE VARGAS. DO GOVERNO PROVISÓRIO À CONSTITUIÇÃO DE 1934 (1930-1934)

O modelo político que posteriormente culminou na instauração do Estado Novo deita sementes a partir de 1930, “quando Getúlio Vargas liderou revolução embalada pelo apoio dos Estados do Rio Grande do Sul, de Minas Gerais e, em menor escala, da Paraíba, com adesão dos tenentes que se rebelavam desde a presidência de Artur Bernardes” (GODOY, 2008, p. 24).

Um marco para o posterior movimento militar brasileiro - cujos delineamentos ideológicos se fizeram imanescentes em períodos posteriores de governos autoritários que sucessivamente ascenderam e se instalaram no Poder – se identifica na célebre Revolta de jovens oficiais no Forte de Copacabana em 05 de julho de 1922, diante da eleição de Artur Bernardes à Presidência da República como sucessor de Epitácio Pessoa (BOURNE, 2012, p. 35), confirmando a suspeitada existência de aliança política e acordo informal de contínua alternância de candidatos dos Estados de Minas Gerais e São Paulo na Presidência da República.

Essa dinâmica política consagrava a predominância política dos Estados economicamente mais fortes em detrimento dos demais componentes da frágil Federação brasileira. A forte crítica à adoção do modelo político republicano e federal desenhado pela Constituição de 1891 repousava nos riscos de desintegração nacional, na medida em que insuflava a perene disputa entre os Estados-membros e desses contra o Poder Federal, com franca prevalência dos Estados mais fortes: São Paulo e Minas Gerais, no registro de Loweinstein (1942, p. 14):

Assim, o federalismo e o republicanismo, conclui-se, em vez de consolidar o país e criar a consciência de uma nacionalidade brasileira, só ajudou a paralisar a solidariedade do povo e a promover um regionalismo vicioso em

que os dois Estados mais poderosos, São Paulo e Minas Gerais, dominavam, por seus próprios interesses econômicos e políticos, todo o país.

Observando-se em retrospectiva, a verdade de tal crítica não pode ser negada. O princípio federativo de organização, aplicado a um país sem qualquer experiência na cooperação de setores diferentes, foi levado a extremos pouco saudáveis. O partidarismo, após o início auspicioso sob Dom Pedro, havia degenerado em panelinhas de dignitários locais e não conseguiram penetrar as massas como um pré-requisito de democratização genuína. Mesmo as eleições nacionais, e as do Presidente mais do que as outras, foram decididas por estados que pouco se importava com o bem-estar do país como unidade. São Paulo, o estado mais progressista, com a sua nova e politicamente ambiciosa população européia, alternado o vizinho Minas Gerais, o maior orgulhoso e culturalmente mais consciente, na Presidência; antes de 1930 era raro que alguém que não um Paulista ou um Mineiro fosse elevado ao cargo de chefe do Executivo nacional. Entre eles dividiam o controle da União e amigavelmente estabeleciam a partição dos despojos. A maioria dos outros estados foi negligenciada em detrimento dos dois parceiros no poder. [...] <sup>7</sup>.

Loewenstein (1942, p. 15), entretanto, não nega os méritos da República brasileira instaurada sob a Constituição de 1891 que garantiram um período liberal de estabilidade de rara duração na América do Sul àquela época, quando a maioria dos países experimentava governos autoritários (caudilhismo).

Getúlio Vargas havia formado carreira política, inicialmente como parlamentar estadual e posteriormente nomeado ao mandato parlamentar federal (maio de 1923). Foi nomeado Ministro de Estado da Fazenda sob a presidência do paulista Washington Luís Pereira de Sousa, em 1926, até suceder a Borges de Medeiros, em 1928, no mandato de presidente do Estado do Rio Grande do Sul, nome adotado à época para os Chefes dos Poderes Executivos em nível estadual.

As circunstâncias fáticas e políticas das eleições de 1930 levaram à ruptura da aliança política entre São Paulo e Minas Gerais, por iniciativa do Presidente da República Washington

---

<sup>7</sup> Tradução livre da seguinte passagem, em inglês no original: “Thus, federalism and republicanism, it is concluded, instead of consolidating the country and creating the consciousness of a Brazilian nationhood, only helped to paralyze the solidarity of the people and to promote a vicious regionalism in which the two most powerful states, São Paulo and Minas Geraes, dominated for their own economic and political interests the whole country. Seen retrospectively, the truth of a good deal of such criticism cannot be denied. The federal principle of organization, applied to a country without any experience in the cooperation of divergent sections, was driven to unhealthy extremes. Party life, after the auspicious beginnings under Dom Pedro, had degenerated into cliques of local dignitaries and had failed to penetrate into the masses as a prerequisite of genuine democratization. Even national elections, and those of the president more than others, were decided by the states which cared little for the welfare of the country as a unit. São Paulo, the most progressive state, with its new and politically ambitious European population, alternated with neighboring Minas Geraes, the proudest and culturally most conscious section, in the presidency; before 1930 it was rare that any man other than a Paulista or a Mineiro was raised to the office of the chief executive. Between them they controlled the Union and arranged amicably the partition of the spoils. Most of the other states were neglected at the expense of the two partners in power”.

Luís, consistente em apoiar outro paulista à sua sucessão, Júlio Prestes de Albuquerque, que então ocupava a chefia do Executivo no Estado de São Paulo.

A candidatura de Getúlio Vargas, assim, foi a resposta de Minas Gerais, ladeado do candidato do Estado da Paraíba, João Pessoa, ao cargo de vice-presidente, que conciliava, além de suas qualidades pessoais, o fato de ser sobrinho de Epitácio Pessoa, presidente do Brasil no período compreendido entre 1918 a 1922, “um nordestino que havia quebrado a hegemonia paulista-mineira em circunstâncias fortuitas por iniciativa, curiosamente, de Minas Gerais e Rio Grande” (BOURNE, 2012, p. 57)

As eleições presidenciais de 1º de março de 1930 resultaram na vitória do candidato governista Júlio Prestes que obtivera quase o dobro dos votos obtidos pela oposição de Vargas, suscitando novas discussões sobre as recorrentes fraudes eleitorais que, desde 1922, sazonalmente insuflavam movimentos revoltosos.

Os 6 (seis) primeiros meses posteriores ao pleito transcorreram sob clima de normalidade, à exceção de alguns arautos que apregoavam a Revolução, como o leal companheiro de Getúlio Vargas, e seu amigo de vida inteira, Osvaldo Aranha. O fato que deflagrou o estopim da comoção nacional foi o assassinato a tiros de João Pessoa, que concorrera a vice na chapa de Vargas, ocorrido em Recife em 26 de julho de 1930.

Ainda que inspirado o crime em motivos exclusivamente passionais, este foi imediatamente relacionado à suspeita de sua motivação política que envolveria diretamente o anterior ocupante da Presidência da República:

Washington Luís, acusado do crime, sentiu-se obrigado a decretar três dias de luto oficial. Vargas comentou sobre o 'crime revoltante em que a vingança política armou um assassinato de aluguel'. A capital da Paraíba foi renomeada com o nome do morto [...] Na onda de comoção que se seguiu, o planejamento da revolução acelerou consideravelmente (BOURNE, 2012, p. 69).

Não se pode também deixar de vislumbrar a situação contextual do período, em que a maioria dos países sofria severa crise econômica, como resultado do período de recessões experimentadas no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo epicentro se deu com o crash da Bolsa de Nova York no ano de 1929, como bem registrou Loewenstein (1942, p. 16):

A revolução de 1930 foi, em grande medida, o resultado da depressão econômica da década de 1920 que, em outros lugares na América do Sul

bem como na Europa, foi responsável pela queda de muitos governos democráticos. O Brasil, país agrícola fortemente dependente dos mercados externos, foi particularmente atingido pela queda do poder aquisitivo em todo o mundo; àquela época, também as exportações de café, borracha, algodão e carne tinham igualmente sofrido declínio. O desespero econômico se traduziu em uma revolução política.<sup>8</sup>

No dia 3 de outubro de 1930, deu-se início ao movimento revolucionário que catapultou Getúlio Vargas à Presidência da República, a Revolução de 3 de Outubro, findando-se ainda naquele mês com a instauração de Governo Provisório, encabeçado pelo próprio Vargas, decretando-se estado de sítio por meio do Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930.

O referido decreto implicava, no plano federal, em fechamento do Congresso Nacional<sup>9</sup> e na revogação da autonomia dos Estados-membros, com o fechamento das Assembléias Legislativas (art. 2º) e substituição dos Presidentes estaduais<sup>10</sup> (chefes do Poder Executivo dos Estados) por interventores federais nomeados pelo próprio Presidente da República (art. 11), bem como importou na suspensão das garantias constitucionais da Constituição de 1891 e exclusão de apreciação judicial dos atos do Governo Provisório (art. 5º), instituindo-se Tribunal especial para julgamento de crimes políticos (art. 16), providência essa última que, entretanto, somente foi efetivamente implantada no ano de 1936 sob a forma de Tribunal de Segurança Nacional.

O contraponto dessas medidas de forte cunho autoritário repousava na promessa de breve convocação de Assembléia Constituinte e retomada da normalidade democrática. A promessa de convocação de Assembléia Constituinte tardou e inflamou o sentimento de setores sociais que clamavam por uma nova Constituição, sobretudo no Estado de São Paulo, que mais ressentia as dores da perda de sua autonomia política.

Nem mesmo a edição de um novo Código Eleitoral, publicado em 24 de fevereiro de 1932 – que registrava cumprimento ao importante compromisso de moralização das eleições – e a convocação de eleições para formação de Assembléia Constituinte para 03 de maio de

---

<sup>8</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em inglês no original: “The revolution of 1930 was, to a large extent, the result of the economic depression of the late twenties which elsewhere in South America as well as in Europe was responsible for the overturn of not a few democratic governments. Brazil, as a mainly one-crop country dependent on foreign markets, was particularly hard hit by the decline of purchasing power all over the world; by that time exports of coffee, rubber, cotton, and meat had equally suffered. Economic despair translated itself into a political revolution”.

<sup>9</sup> O referido decreto instituiu que ao Presidente da República incumbia o Poder Executivo e o Poder Legislativo, até a instituição de Assembleia Constituinte sem data programada (art. 1º.)

<sup>10</sup> A única exceção ocorreu no Estado de Minas Gerais, onde foi mantido Olegário Maciel eleito sucessor de Antônio Carlos de Andrada à frente do Executivo local.



1933 foram suficientes para conter as insatisfações, de modo que eclodiu, aos 09 de julho de 1932, o levante armado no Estado de São Paulo, a Revolução Constitucionalista de 1932

Loewenstein (1942, p. 19) aponta o parcial sucesso nas medidas adotadas para debelar a crise econômica foram insuficientes para aplacar o desejo de sedição, sobretudo no Estado de São Paulo, extremamente atingido pela substituição de um governo de liberdades constitucionais, pela obrigação de governo por interventores alienígenas:

Durante os primeiros anos do regime ditatorial, foram construídos os fundamentos dos muitos esforços subseqüentes para a reconstrução social do Brasil. Na área econômica foram tomadas medidas para aliviar a crise, como a redução da produção de açúcar, produto com que o Brasil não podia mais competir (internacionalmente), o fomento da cultura do algodão e a racionalização da indústria do café; em 1931, o Departamento Nacional do Café foi criado para supervisionar a produção e estabilizar os preços. Mas a população, acostumada por muito tempo ao governo constitucional, manteve-se inquieta. A tempestade quebrou em 1932. São Paulo se revoltou. Esse estado, economicamente forte, foi o grande perdedor na Revolução de 1930. Além da redução de privilégios financeiros, os paulistas se ressentiam da intromissão de funcionários "estrangeiros" enviados pelo do Rio de Janeiro. Além disso, São Paulo, o estado mais progressista, estava menos disposto a renunciar permanentemente as liberdades asseguradas pelo governo constitucional, uma vez que Vargas não demonstrava nenhuma inclinação para legalizar a situação, por meio de convocação da prometida Assembléia Constituinte. A rebelião, transformava-se em uma grande e sangrenta guerra civil, acabou por falhar porque Minas Gerais e Rio Grande, graças à manobra astuta de Vargas, não aderiram ao levante. Depois de três meses (julho a setembro de 1932) terminou com a fragorosa derrota de São Paulo [...]<sup>11</sup>.

Com a contenção da revolta armada, deu-se prosseguimento, no ano seguinte, às eleições para Assembléia Constituinte, com abertura dos trabalhos assembleares aos 15 de novembro de 1933 que por fim resultaram na promulgação da Constituição de 16 de julho de 1934 e, no dia imediatamente seguinte, na eleição indireta de Getúlio Vargas para a Presidência da República, cujo mandato deveria perdurar até as eleições gerais e abertas

---

<sup>11</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em inglês no original: "During these first years of the dictatorial regime the ground was laid for many of the subsequent efforts toward the social reconstruction of Brazil. In the economic field the steps were taken to alleviate the crisis, such as the reduction of sugar production in which Brazil could no longer compete, the encouragement of cotton growing, and the rationalization of the coffee industry; in 1931 the National Department of Coffee was created which supervises production and stabilizes prices. But the people, too long accustomed to constitutional government, remained restless. The storm broke in 1932. São Paulo revolted. This economically leading state had been the loser of the revolution of 1930. Together with the curtailment of financial privileges the Paulistas resented the intrusion of 'foreign' officials sent over from Rio. Moreover, São Paulo, politically the most progressive state, was least willing to forego permanently the liberties guaranteed under constitutional government, since Vargas showed no inclination to legalize the situation by calling the promised Constituent Assembly. The rebellion, at once flaring up as a full-sized and bloody civil war in which modern armies fought modern battles, failed because Minas Gerais and Rio Grande, thanks to Vargas's shrewd maneuvering, did not join. After three months (July to September, 1932) the war ended with a complete defeat of São Paulo".

previstas para em janeiro de 1938, constando cláusula de com expressa proibição de reeleição dos mandatários.

A Constituição de 1934 assumia a forma republicana e federativa, e resgatava as tradicionais garantias liberais que haviam marcado o regime constitucional anterior (Constituição de 1891), às quais agregava direitos sociais como fixação de salário-mínimo, legislação trabalhista e criação de órgãos judiciais especializados nas relações de trabalho, nacionalização de recursos e empreendimentos, criação de políticas assistencialistas de Seguridade Social. De outro lado, inaugurava o conceito de segurança nacional, bem como a medida de expulsão de estrangeiros perigosos à ordem pública.

O Poder Legislativo federal voltava a ser livremente exercido pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Na Câmara, além dos deputados eleitos pelo sufrágio universal e proporcional, inovou-se na criação de 50 (cinquenta) deputados representantes das categorias profissionais dos setores da agricultura, indústria, comércio, comunicações, profissionais liberais, servidores públicos e sindicatos (patronais e de empregados) (Loewenstein, 1942, p.22).

No plano político embatiam, de forma polarizada, a Aliança Libertadora Nacional com ideário comunista e, de outro lado, a Ação Integralista Brasileira (AIB), movimento fascista brasileiro liderado por Plínio Salgado, sob o lema Deus, Pátria e Família, extremamente conservadores, com grande apego a rituais e simbolismos: trajavam camisas verdes com a letra Sigma ( $\Sigma$ ) estampada e cumprimentavam-se pela saudação “Anauê” – interjeição indígena que significava “você é meu irmão” –, e orientavam-se pelo ideário fascista que grassava a Europa, especialmente na Alemanha, Portugal, Espanha e Itália (Godoy, 2008).

Nesse ambiente de aguçada polarização ideológica, não tardou o confronto – posteriormente conhecido como Batalha da Praça da Sé, travada em 07 de outubro de 1934, entre manifestantes integralistas, de um lado, e comunistas, de outro, em confronto a tiros que deixou o saldo de seis mortos e mais de cinquenta feridos (LIRA NETO, 2013).

Esse cenário de desordem associado às reiteradas greves, fez com que Vargas registrasse em seu Diário o desejo de endurecer a repressão, por meio de adoção de leis e medidas rigorosas, como se colhe da citação textual realizada por Lira Neto: “O governo necessita de leis que o fortaleçam contra essa onda dissolvente de todas as forças vivas da nacionalidade”, registrava Vargas, para adiante arrematar “[...] A polícia sente-se vacilante na

repressão aos delitos, pelas garantias dadas pela Constituição à atividade dos criminosos e o rigorismo dos juízes em favor da liberdade individuais” (2013, p. 356)

### 2.3 TEMPOS DE CHUMBO: OS DIFÍCEIS ANOS DE 1935 E 1936.

Os tempos de normalidade estavam destinados à breve duração, mormente, diante do clima de enfrentamento aberto dos movimentos e partidos políticos de vertente integralista e comunista, coroado pelo violento choque ocorrido em na cidade de São Paulo em outubro de 1934, que teve por imediata resposta a aprovação, pelo Congresso Nacional, do projeto de Lei de Segurança Nacional (Lei n. 38, de 4 de abril de 1935), que definia crimes contra a ordem política e social e instrumentaliza poderes repressores e persecutórios contra atividades consideradas subversivas.

Em janeiro de 1935, o Catete remeteu ao Congresso Nacional o anteprojeto da Lei de Segurança Nacional, que estabelecia a forma de repressão das atividades subversivas e definia crimes contra a ordem política e social, considerados inafiançáveis. O projeto teve célere tramitação e restou aprovado na Câmara dos Deputados, no dia 28 de março subsequente por 116 votos favoráveis e 26 contrários e, finalmente promulgada no início do mês de abril de 1935.

Para aprovar a Lei de Segurança Nacional com tão larga vantagem no plenário da Câmara, Getúlio capitalizou o clima de radicalismo ideológico em que o país se encontrava. Estava evidente que a legislação trabalhista, sozinha, não conseguiria mais represar as demandas do movimento operário. Uma série de greves, tanto no setor público, quanto no privado, sacudiam as grandes cidades e expressavam as insatisfações dos trabalhadores com os baixos salários, a elevação do custo de vida e a obrigatoriedade do sindicato único. Os movimentos paredistas aterrorizavam o empresariado e as classes médias urbanas, que começaram a clamar por atos mais decididos do governo em nome da manutenção da ordem. Em quatro anos, de 1930 a 1934, com base na idéia de “expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos ao interesse do país”. 178 líderes do movimento operário do país já haviam sido banidos do país (Lira Neto, 2013, p. 374)

Também se determinou, por meio de Decreto n.º 229, de 11 de julho de 1935, o fechamento<sup>12</sup> da Aliança Nacional Libertadora – movimento político liderado por Luís Carlos

---

<sup>12</sup> Acerca desse ato, convém registrar que foi objeto de impugnação judicial pela própria Aliança Nacional Libertadora, por meio de mandado de segurança impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, em face à garantia de livre associação prevista no art. 113.12 da Constituição de 1934, tendo, entretanto, sido denegada a ordem. (BRASIL, 1935, MS 111/DF).

Prestes, de bandeira comunista – que pregava a tomada do poder pela revolução, medida que contribuiu de forma decisiva para a deflagração do movimento revoltoso de Novembro de 1935, posteriormente denominado Intentona Comunista.

Acerca desse ato, convém registrar que foi objeto de impugnação judicial pela própria Aliança Nacional Libertadora, por meio de mandado de segurança impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, em face à garantia de livre associação prevista no art. 113.12 da Constituição de 1934, tendo, entretanto, sido denegada a ordem.

Em paralelo a esses fatos, os serviços de segurança e inteligência recebiam informes de uma possível conflagração comunista no Brasil, arquitetada por quadros estrangeiros enviados pelo *Komintern* com estreita articulação com o clandestino Partido Comunista do Brasil (NETO, 2013, p. 409):

Por fim, um empresário português baixinho e de rosto anguloso, Antônio Vilar, e sua mulher, Olga Bergner, também ingressaram no país sem enfrentar maiores contratempos. Qualquer brasileiro que lhe dispensasse um olhar mais demorado não deixaria de reconhecer certa familiaridade nas feições escanhoadas do Sr. Vilar. Contudo, sem a barba que ostentara nos tempos da Coluna, Luís Carlos Prestes passou incólume à vigilância. E Olga Bergner não era sua esposa. Chamava-se na realidade, Olga Benário. Alemã, ela recebera intenso treinamento militar. Estava apta a pilotar aviões e saltar de pára-quedas, caso necessário. Também atirava extraordinariamente bem. Sua missão era garantir a segurança pessoal de Prestes, o camarada brasileiro que o *Komintern* desejava instalar no poder após a queda de Getúlio Vargas.

No dia 26 de novembro de 1935, insurgiu-se o levante de matiz comunista, iniciado em duas unidades do Exército: a Escola de Aviação, no Campo dos Afonsos, e o 3º Regimento de Infantaria, ambas localizadas na cidade do Rio de Janeiro, capital da República à época. O levante, entretanto, não logrou grande adesão e foi rapidamente controlado pelas forças legalistas, tendo sido rotulado jocosamente como Intentona Comunista<sup>13</sup>:

Uma sucessão de erros e contratempos determinou a derrota precoce do movimento planejado por Luís Carlos Prestes, o até então imbatível líder da Coluna Invicta. Na fase preparatória, as avaliações exageradamente otimistas do PCB contribuíram em muito para o fracasso da investida contra Getúlio. Em vez de uma ação de massas, o ensaio de tomada de poder não passara de mais uma quartelada tenentista. Prestes calculara que a sublevação inicial das unidades do Exército sediadas no Rio de Janeiro despertaria o entusiasmo coletivo, espalhando a centelha da rebeldia pelas ruas, fábricas, escolas e campos de todo o país. A direção revolucionária não soubera aferir os limites o alcance de suas precárias forças militares. Não existia uma mobilização real na caserna, assim como não havia uma coordenação efetiva

<sup>13</sup> O termo Intentona foi jocosamente colocado no levante de Novembro de 1935 e seu significado é: intento louco.

entre as lideranças do levante e a base da tropa. Tudo fora arranjado na base do improviso. (NETO, 2013, p. 450-451)

A reboque desses fatos, sobreveio resposta e reação proporcional, pelo incremento da escalada autoritária e edição do Decreto Legislativo n.º 6, de 18 de dezembro de 1935, editada pelos Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, que veiculou três emendas à Constituição de 1934, notadamente para instituir a autorização ao Presidente da República para “declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parto do território nacional, [...] devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionais que não ficarão suspensas” (BRASIL, 1934).

Com tal prerrogativa, não tardou a adoção de medidas emergenciais extremas instauradas com a edição do Decreto n.º 702, de 21 de março de 1936, que equiparou ao estado de guerra, pelo prazo de noventa dias, em todo o território nacional, “a comoção intestina grave articulada em diversos pontos do país desde novembro de 1935, com a finalidade de subverter as instituições políticas e sociais” (art. 1º.) período em que estiveram suspensas (art. 2º) diversas garantias previstas nos artigos 113, 161 e 175 da Constituição Federal de 1934 (BRASIL, 1934).

Tão logo conseguiu aprovar as três emendas, Getúlio restabeleceu o estado de sítio, prorrogando-o por mais noventa dias, período durante o qual os quartéis, as delegacias de polícia e os presídios do país ficaram abarrotados de inimigos – reais e imaginários – do governo. Foi preciso ultimar a criação de cinco novas colônias penais agrícolas para dar conta do grande número de prisioneiros considerados “perigosos socialmente” (NETO, 2013, p. 464).

As referidas medidas constantes do Decreto n.º 702, foram posteriormente prorrogadas por 90 (noventa) dias, por meio do Decreto n.º 915 de 21 de junho de 1936, conformando o patíbulo do regime de exceção que, em máxima medida, foi instaurado pela Constituição de 1937 e ao Estado Novo, o que levou à instauração de ambiente de perseguições e prisões em massa, relatado por Carneiro (1999, p. 329):

O medo de que um projeto socialista vingasse no Brasil levou o governo a prender milhares de cidadãos que, rotulados de ‘perigosos propagandistas do credo vermelho’, foram punidos como hereges políticos. Listas e mais listas de presos políticos, intercalando nome de estrangeiros ao de brasileiros subversivos, encontram-se anexadas aos prontuários do Dops, testemunhando as arbitrariedades governamentais acobertadas pelo lema ordem e progresso

Sob o signo da operação e da censura, o governo Vargas (1930-45) procurou eliminar todos os canais possíveis de contestação. O Estado Novo, portanto, nada mais foi do que uma fase abertamente ditatorial, cujos antecedentes nos

comprovam que Vargas, além de expressar o perfil de um autêntico estadista, era, por formação, um homem de índole autoritária e que, entre 1930 e 1937 procurou concentrar, cada vez mais, o máximo de poder nas mãos do Executivo. Uma série de registros nos comprovam que a intenção de Vargas era calar as resistências e continuar no poder, apesar de a Constituição de 1934 proibir a reeleição à presidência da República nas eleições de 1938. A aprovação da Lei de Segurança Nacional pelo Congresso, a decretação de sucessivos estados de sítio após a tentativa de *putch* comunista, a redação prévia de uma nova carta constitucional inspirada nas matrizes dos regimes totalitários europeus. A liquidação dos integralistas (até então aliados e cúmplices de Vargas) que haviam tentado um golpe em maio de 1937 não devem ser vistos como fatos isolados.

A decretação do estado de guerra, que perdurou até meados de 1937 ampliava os poderes repressivos das autoridades policiais, alcançando mesmo os parlamentares constitucionalmente eleitos, com a supressão das imunidades parlamentares:

Menos de 48 horas depois da tensa reunião com Correia, Getúlio decretou o estado de guerra, pondo fim ao brevíssimo interlúdio democrático que o país vivera entre julho de 1934 e aquele sinistro março de 1936. Suspensas as garantias constitucionais, inclusive as prerrogativas parlamentares, o Congresso Nacional foi invadido pela polícia. O senador Abel Chermont, junto com os deputados federais Abguar Bastos, Domingos Velasco e Otávio Silveira, que haviam feito denúncias de tortura contra prisioneiros políticos, foram presos como subversivos (NETO, 2013, p. 484)<sup>14</sup>.

Nesse clima de pânico, instalou-se também uma Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo, com missão de receber e encaminhar as denúncias (geralmente anônimas) acerca de pessoas suspeitas de envolvimento em atividades subversivas ou propagassem o ideário comunista. Presidida pelo deputado gaúcho Adalberto Correia, a comissão tinha poderes para determinar o sumário aprisionamento sem qualquer garantia de defesa ou contraditório.

Ao longo dos seis meses seguintes, em meio a uma onda incontável de histeria e clamor popular anticomunista, a polícia política faria um total de 7056 prisões, conforme as estatísticas oficiais apresentadas com orgulho pelo próprio Filinto Müller. Como muitos suspeitos foram presos sem a devida formalização da queixa-crime, os números verdadeiros por certo atingiram índices muito maiores (NETO, 2013, p. 471).

As notícias de largo emprego de métodos violentos de tortura contra presos surgiam em toda parte, mas não mereciam qualquer consideração pelas autoridades: “Nenhuma denúncia de violência contra milhares de homens e mulheres postos sob a custódia do Estado naquela época foi devidamente apurada”, tratamento desumano que levou com que Heráclito Fontoura Sobral Pinto, advogado destacado pela Ordem dos Advogados do Brasil para a

<sup>14</sup> O texto omite, sem justificativa, o nome de outro deputado federal também preso no referido episódio: João Mangabeira

defesa de presos políticos invocasse a proibição de maus-tratos aos animais, prevista em decreto presidencial, em favor dos encarcerados (Lira Neto, 2013, p. 471).

Nessas circunstâncias excepcionais, foi também criado o Tribunal de Segurança Nacional por meio da Lei n. 244, de 11 de setembro de 1936, órgão da Justiça militar (art. 1º), tribunal de exceção instituído especialmente para julgar os crimes contra a ordem política e social e contra a economia popular definidos na Lei de Segurança Nacional.

[...] O julgamento seria regido pelo sistema conhecido na linguagem dos tribunais como “íntima convicção” os juízes arbitriam de acordo com suas certezas pessoais, sem necessidade de fundamentar os votos em provas concretas. Os advogados de defesa teriam apenas trinta minutos para tentar convencer os magistrados da inocência de seus representados, sobre que, aliás, recaía o ônus da culpa presumida: até que se provasse o contrário, eram todos considerados culpados. (NETO, 2013, p. 487).

O processo penal tinha grande forte traço inquisitivo, com outras características que também se tornaram símbolo de arbítrio, iniquidade e injustiça, como a regra do art. 9º, inciso 7º, que estabelecia que as testemunhas de defesa deveriam comparecer à audiência independente de intimação e, caso não comparecessem, entendia-se que a defesa lhe havia dispensado o depoimento, ou ainda aquela outra, prevista no art. 9º, inciso XIII, que davam amplos poderes instrutores aos juízes para determinar a produção *ex officio* de provas reputadas importantes e, por fim, aquela acima mencionada, do inciso 15 do mesmo artigo, que instituía, em certos casos, a presunção de culpa, “cabendo ao réu fazer prova em contrário”.

## 2.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1937: CARTA POLÍTICA DA EXCEÇÃO.

A proximidade das eleições gerais agendadas para janeiro de 1938 levou o Governo Vargas a buscar saída institucional que permitisse a sua continuidade no poder, obstado que estava pela vedação à reeleição constante de norma constitucional da Constituição de 1937. Lançou-se mão de uma farsa: o Plano Cohen, artifício discursivo essencial à justificativa do *coup d’État*:

O Estado Novo não foi mero acidente político no meio de um processo que se dizia democrático-liberal. Em nome da segurança nacional o governo reorganizou o seu discurso ordenador e, posicionando-se como intérprete dos sentimentos da pátria e do povo brasileiro, ergueu um “dique definitivo à tenebrosa corrente que nos arrasta para o precipício da guerra civil e da convulsão nacional.

Essa tenebrosa torrente foi apresentada à opinião pública no dia 30 de setembro de 1936 como um terrível mostro que, escondido nos subterrâneos

da sociedade, planejava um violento golpe articulado com invisíveis forças internacionais. Batizado de Plano Cohen, esse monstro – inventado pelo Ministério da Guerra – colaborou para alimentar dois mitos políticos: o do complô internacional comunista atrelado ao mito da conspiração judaica internacional cuja essência havia sido inspirada nos Protocolos dos sábios de Sião, traduzido e comentado pelo anti-semita Gustavo Barroso (CARNEIRO, 1999, p. 330)

O estudo da Constituição de 1937 não prescinde de uma apresentação inicial de seu mentor. Necessário então destacar o protagonismo de Francisco Campos (Francisco Luis da Silva Campos), na confecção do modelo autoritário brasileiro, fiel ao ideário fascista que propagava a Europa naqueles anos. Sobre esse mineiro, Godoy registra que foi jurista, político, ideólogo maior do regime autocrático de Vargas: “tínhamos o nosso Carl Schmitt: Francisco Campos fora o ideólogo do regime totalitarista” (2008, p. 36) Sobre ele, ainda discorre:

Figura central do regime de Vargas, o mineiro Francisco Campos, constitucionalista, muito culto, foi incumbido do desenho institucional do regime. Francisco Luís da Silva Campos nasceu em 1891 e faleceu em 1968. Foi Secretário do Interior de Minas Gerais, de 1926 a 1930, quando se interessou intensamente por questões de educação e um dos mais destacados líderes revolucionários de 1930; foi Ministro da Educação e da Saúde Pública, de 1930 a 1932 e articulou em Minas Gerais a reacionária Legião de Outubro, a partir de 1931. Foi Consultor-Geral da República, de 1933 a 1937 e o redator mais importante (mentor) do texto constitucional de 1937. Foi ainda Ministro da Justiça nos anos difíceis de 1937 a 1941 (GODOY, 2008, p. 33).

O verbete alusivo a Francisco Campos no Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro, do CPDOC-FGV, também reforça as posições que fizeram do jurista mineiro o grande ideólogo do pensamento da direita nacional, sobretudo manifestas com a criação da Legião de Outubro em Minas, em fevereiro de 1931, posteriormente denominada Legião de Minas, que professava os seguintes ideais:

A Legião de Outubro foi fundada em Minas no dia 27 de fevereiro de 1931, através do manifesto distribuído nessa data em Belo Horizonte assinado por Francisco Campos, Gustavo Capanema e Amaro Lanari, entre outros. Segundo o documento, a legião não seria “uma liga de carbonários, nem uma casta de agitadores”, mas “uma agremiação de patriotas ligados indissolavelmente por vínculos morais e só animados da aspiração de trabalhar pelo Brasil”. A Legião de Outubro vinha com uma “dupla finalidade: defender a vitória da revolução brasileira e realizar seus ideais”. Defender a vitória da revolução brasileira significava “combater contra todos os seus inimigos”, definidos em “três categorias: inimigos oriundos do velho regime (os governadores depostos, os aderentes hipócritas e os viciados e corruptos de toda espécie), inimigos existentes no seio da própria revolução (os revolucionários sem convicção e os revolucionários preguiçosos ou céticos) e inimigos de origem externa (todos os propagandistas, pregoeiros e



apóstolos de doutrinas políticas exóticas e inaplicáveis para a solução de problemas brasileiros)”. Era seu dever, finalmente, “manter e fortalecer o espírito da unidade nacional e pregar e desenvolver os altos sentimentos e grandes virtudes humanas<sup>15</sup>”.

Identificam-se com clareza os pontos centrais do pensamento de Carl Schmitt, sobretudo aqueles relativos à formação de uma sólida unidade nacional e ao binômio amigo/inimigo como essência da atividade política, marco central do pensamento e da literatura schmittiana, examinada em tópico adiante.

Esse também foi o espírito da Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, cujo texto foi criação principal de Francisco Campos, e não poderia eleger outros valores e concepções, como restou bem perceptível do próprio Preâmbulo daquela Carta Constitucional, onde se destacam:

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL**

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País. (BRASIL, 1937)

A invocação do restabelecimento da ordem “profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem”, buscando evitar a “funesta iminência da guerra civil”, o

<sup>15</sup> CPDOC/FGV – Verbete: Francisco Campos, disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>>, acesso em 29.DEZ.2013

necessário combate do inimigo comunista, o apoio das Forças Armadas, assegurou a Constituição uma gama de liberdades individuais e direitos sociais, ao cabo do qual encerra o texto com a renovação do mandato do Presidente Getúlio Vargas, a dissolução do Congresso Nacional, a intervenção nos Estados e, por fim, com a decretação de estado de emergência em todo país, importando, pois, na suspensão de todos os direitos e garantias individuais, como se vê em melhor tinha na letra daqueles dispositivos finais e transitórios, transformados assim em núcleo central daquela Constituição:

Art. 175 - O primeiro período presidencial começará na data desta Constituição. O atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187, terminando o período presidencial fixado no art. 80, se o resultado do plebiscito for favorável à Constituição.

Art. 176 - O mandato dos atuais Governadores dos Estados, uma vez confirmado pelo Presidente da República dentro de trinta dias da data desta Constituição, se entende prorrogado para o primeiro período de governo a ser fixado nas Constituições estaduais. Esse período se contará da data desta Constituição, não podendo em caso algum exceder o aqui fixado ao Presidente da República.

Parágrafo único - O Presidente da República, decretará a intervenção nos Estados cujos Governadores não tiverem o seu mandato confirmado. A intervenção durará até a posse dos Governadores eleitos, que terminarão o primeiro período de governo, fixado nas Constituições estaduais.

Art. 177 - Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.

Art. 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.

Art. 179 - O Conselho de Economia Nacional deverá ser constituído antes das eleições do Parlamento nacional.

Art. 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

Art. 181 - As Constituições estaduais serão outorgadas pelos respectivos Governos, que exercerão, enquanto não se reunirem as Assembléias Legislativas, as funções destas nas matérias da competência dos Estados.

Art. 182 - Os funcionários da Justiça Federal, não admitidos na nova organização judiciária e que gozavam da garantia da vitaliciedade, serão aposentados com todos os vencimentos se contarem mais de trinta anos de serviço, e se contarem menos ficarão em disponibilidade com vencimentos

proporcionais ao tempo de serviço até serem aproveitados em cargos de vantagens equivalentes.

Art. 183 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição.

Art. 184 - Os Estados continuarão na posse dos territórios em que atualmente exercem a sua jurisdição, vedadas entre eles quaisquer reivindicações territoriais.

§ 1º - Ficam extintas, ainda que em andamento ou pendentes de sentença no Supremo Tribunal Federal ou em Juízo Arbitral, as questões de limites entre Estados.

§ 2º - O Serviço Geográfico do Exército procederá às diligências de reconhecimento e descrição dos limites até aqui sujeitos a dúvida ou litígios, e fará as necessárias demarcações.

Art. 185 - O julgamento das causas em curso na extinta Justiça Federal e no atual Supremo Tribunal Federal será regulado por decreto especial que prescreverá, do modo mais conveniente ao rápido andamento dos processos, o regime transitório entre a antiga e a nova organização judiciária estabelecida nesta Constituição.

Art. 186 - É declarado em todo o País o estado de emergência.

Art. 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República (BRASIL, 1937)

Pode-se assim dizer que a vigência da Constituição esteve limitada ao preâmbulo e às disposições finais, afora as medidas emergenciais previstas nos art. 168-170, consoante anotação de Loewenstein (1942, p. 47):

A Constituição contém disposições específicas relativas ao "estado de emergência" (art. 168-170). As medidas que o presidente da República está autorizado a tomar incluem detenção em locais distintos das prisões; exílio para outros locais do território nacional ou domicílio obrigatório; censura de todos os meios de comunicações; buscas e apreensões desamparadas de mandado judicial. Todos os atos praticados em virtude do estado de emergência estão fora da jurisdição dos tribunais. Uma vez que prevalece no Brasil, em virtude da própria constituição, um perpétuo estado de emergência nacional, não existe uma Constituição brasileira válida e destinada à normalidade. Se um dia haverá, depende do plebiscito nacional, se assim agradar ao Presidente (da República)<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em inglês no original: "The constitution contains special provisions concerning "the state of emergency" (Art. 168-170). The measures which the president of the republic is authorized to take include detention in places other than prisons; exile to other places of the national territory or compulsory domicile; censorship of all communications; search and seizure without warrant. All acts undertaken by virtue of the state of emergency are beyond the jurisdiction of the courts. Since there prevails in Brazil, by virtue of the constitution itself, a perpetual state of national emergency, a valid Brazilian constitution destined for normalcy does not exist. Whether it ever will, depends on the national plebiscite, if it so pleases the president".

Com apoio nas noções construídas por Arendt para definir a força motriz dos Estados em tempos de sociedade de massa, Carneiro (1999, 335) aponta a importante função do medo como elemento de controle e de aceitação e fator de verticalização dos padrões de comportamento dos indivíduos:

Tanto o medo quanto a censura funcionaram como poderosos instrumentos de controle social, emanando, cada qual ao seu modo, energia que, por sua vez, colabora para a sustentação dos sistemas autoritários. O medo faz calar, tem energia para isso. Instado pelo pânico (de propagação rápida), o medo sufoca. Daí a necessidade que as ditaduras têm de impor medo – medo da tortura, da polícia, da morte, do desemprego, da difamação – para, através deste, sufocar as tradições de luta e vozes de contestação. Para garantir a ordem, segundo conceito generalizado pelos homens de Estado, necessitava-se de apontar culpados. No caso do governo Vargas, comunistas, anarquistas, judeus, negros, ciganos e japoneses transformavam-se em foco da vigilância estatal.

O governo estado-novista buscava, como a maioria dos regimes autoritários, o singular, ou seja, a homogeneidade em todos os níveis, de forma a facilitar a dominação, o controle. E, nessa direção, múltiplos discursos foram articulados, oferecendo interpretações do mundo e da realidade brasileira, procurando criar ‘novos significados’.

A ditadura de Getúlio Vargas, assim, se impunha por meio do exercício da força e o policiamento das opiniões privadas exercido através de forte censura dos meios de comunicação e pela produção exaustiva de propaganda ideológica que buscava convencer da seriedade da ameaça comunista, a justificar a ação estatal truculenta em defesa da soberania nacional.

## 2.5 JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DE EXCEÇÃO: OLGA BENÁRIO PRESTES, GENNY GLEISER E OS PARLAMENTARES COMUNISTAS.

Ponto central da presente pesquisa repousa sobre a análise do posicionamento do Poder Judiciário brasileiro – especialmente pelo seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal – como garante da eficácia das garantias constitucionais em períodos críticos.

Essa análise se faz sob a provocação de Ackerman – examinada no capítulo anterior – e o seu argumento sobre o inerente conservadorismo das Cortes e a impossibilidade de resistência judicial às medidas emergenciais, a lhes reservar um papel subjacente nos períodos críticos.

Obviamente, não há campo e espaço necessário para a análise exaustiva do argumento de Ackerman, todavia, não se pode olvidar o exame dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no curso do estado excepcional instaurado após a Revolução de 3 de outubro, em três casos críticos, inicialmente, os habeas corpus impetrados em favor de duas judias: Olga Benário Prestes e Genny Gleiser e, ao final, a impetração feita em favor dos parlamentares federais presos por ordem do regime.

Não se pode, entretanto, descurar da análise das circunstâncias de contexto presentes àquela época, especialmente, pela forma truculenta que Vargas tratara o Poder Judiciário desde os primeiros raios do Governo Provisório, conforme registra Costa (2006, p. 70-71):

De fato, nem bem chegara ao poder, Vargas deixou clara a sua intenção de intervir no Supremo. No decreto que instituiu o governo provisório, alguns artigos eram alusivos ao Judiciário. Foi criado o Tribunal Especial para o julgamento dos crimes políticos e outros que seriam discriminados na lei de sua organização. Dois meses depois, em fevereiro de 1931, outro decreto reduzia o número de ministros do Supremo Tribunal Federal de quinze para onze e estabelecia regras para abreviar os julgamentos. O Tribunal foi dividido em duas turmas de cinco juízes cada uma. Foi determinado ainda que os relatórios, discussões e votos seriam taquigrafados. Pelo mesmo decreto, proibiu-se aos magistrados o exercício de qualquer cargo por eleição, nomeação ou comissão, mesmo que gratuito, ou de qualquer outra função pública, salvo a de magistério. Dias depois, Vargas aposentou compulsoriamente seis membros do Supremo Tribunal Federal: o procurador-geral da República, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, e os ministros Edmundo Muniz Barreto, Pedro Afonso Mibielli, Godofredo Cunha, Geminiano da Franca e Pedro Joaquim dos Santos, nomeando dois novos ministros: João Martins de Carvalho Mourão, mineiro, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de São Paulo, em 1892, e Plínio Casado, então interventor do Estado do Rio de Janeiro.

[...]

A remoção de ministros por ato do Poder Executivo, fato jamais visto durante a história da República, constituía uma ameaça à independência do órgão supremo do Poder Judiciário. Em sessão extraordinária do Tribunal, o ministro Hermenegildo de Barros deixou registrado o seu protesto pela aposentadoria dos colegas. Mencionando que dois dos aposentados não mantinham relações pessoais com ele, pois nem sequer o cumprimentavam, disse o ministro, naquela ocasião, que não protestava por sentimento de coleguismo, mas por sentimento de classe.

“É a morte do Poder Judiciário no Brasil”, declarou. “Nenhum ministro poderá se considerar garantido na situação em que se encontra presentemente o Supremo Tribunal Federal, que não pode ter independência e viverá exclusivamente da magnanimidade do Governo Provisório. Pela minha parte”, acrescentou, “não tenho honra nenhuma de fazer parte desse Tribunal, assim desprestigiado, vilipendiado, humilhado, e é com vexame e constrangimento que ocupo esta cadeira de espinhos para qual estarão voltadas as vistas dos assistentes, na dúvida de que aqui esteja um juiz independente, capaz de cumprir com o sacrifício do seu dever”.

Seu discurso testemunhava o estado de espírito que tomava conta dos ministros. Deveriam eles se aposentar, em sinal de protesto, ou continuar em seus postos, na tentativa de exercer suas funções da melhor maneira possível? Apesar do constrangimento, todos permaneceram em seus cargos.

O primeiro caso cuida de *habeas corpus* impetrado em 03 de junho de 1936 perante a Suprema Corte em favor de Olga Benário Prestes<sup>17</sup>, companheira do líder máximo do movimento comunista no Brasil, Luís Carlos Prestes, protagonista do malsucedido levante de Novembro de 1935, prisão efetivada pelas autoridades policiais em 05 de março de 1936.

Os episódios são anteriores à outorga da Carta de 1937, mas se inserem no âmbito da suspensão das garantias constitucionais determinadas pelo Decreto n. 702, de 21 de março de 1936, dentre as quais se identificava a garantia do *habeas corpus*, fato que conferia robusto argumento às autoridades que propugnavam a denegação do pleito, no sentido de sua inaplicação.

Tão logo executada a prisão de Olga, as autoridades iniciaram sumário processo de sua expulsão, cujos efeitos práticos consistia na sua entrega à Alemanha nazista – fato que revelava especial crueldade, diante do fato de ser Olga judia e comunista. Contra a expulsão não pesou sequer o fato de conhecimento amplo e notório sobre estar Olga grávida ao tempo de sua prisão, em gestação da filha que teve com Prestes, Anita Leocádia, circunstâncias excepcionais que não foram levadas em conta para evitar-lhe a medida que resultaria na certeza de sua eliminação, como registra Godoy (2008, p. 50):

Retomando o caso de Olga, verifica-se que este é uma violência jurídica que indica nódoa na história do direito brasileiro. O objetivo do *habeas corpus* era no sentido de que Olga permanecesse no Brasil; alterava-se a lógica do remédio heróico, pedia-se que a paciente permanecesse encarcerada, pretendendo-se, com a negação da liberdade, garanti-la. Grávida, havia mais interesses em jogo; a crueza e a formalidade do procedimento da expulsão de Olga ilustram justiça que não se fez, solidariedade humana que não houve, violência que se perpetrou. [...]

A petição inicial de *habeas corpus* protocolada pelo advogado Heitor Lima em defesa de Maria Prestes (Olga) tinha como centro da argumentação a tese de que a paciente não poderia ser expulsa e que deveria permanecer no Brasil, porque aqui deveria ser julgada pelas autoridades nacionais [...]. É que, judia, seria entregue á Gestapo, a temível e terrível polícia secreta do nazismo, e encaminhada para um campo de concentração, no qual a morte a esperava. Foi o que aconteceu.

<sup>17</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 26.155, Rel. Ministro Bento de Faria, data de julgamento 17.JUN.1936, não conhecido o pedido, maioria. Íntegra disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC\\_26155\\_Maria\\_Prestes\\_Olga\\_Benario\\_Processo\\_Integral.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC_26155_Maria_Prestes_Olga_Benario_Processo_Integral.pdf)>, acesso em dezembro de 2013.

A tese central do *habeas corpus* se articulava no sentido de que não ser cabível a expulsão, em vista das suspeitas de envolvimento de Olga no movimento de Novembro de 1935, a lhe importar em processo judicial pela suposta prática de crimes contra a ordem política e social, reclamando a eficácia das normas jurídicas nacionais e não, como se pretendia, a expulsão do território, essa medida somente aplicável aos estrangeiros perigosos à ordem pública quando não importasse em burla à lei nacional; assim, àqueles que superando tal estágio, se mostrassem criminosos, reclamavam as penas previstas nas leis penais do Estado Brasileiro. Colhe-se das passagens da petição reproduzidas por Godoy (2008, p. 53), os rumos dessa fundamentação:

Se a paciente fosse apenas um elemento nocivo, mas nunca houvesse delinqüido, a expulsão já não seria prêmio à agitadora, mas ato de legítima defesa do Estado: não tendo base para condená-la, mas não convindo ao interesse público à sua permanência em território nacional, o Estado eliminá-la-ia pela expulsão. O Governo, porém, afirma que a paciente é co-autora intelectual e cúmplice de vários crimes, apurados em inquérito rigoroso; não é lícito, pois, subtraí-la do gládio da justiça. Não pode a polícia arrebatá-la aos tribunais a competência, que só eles têm, de julgar criminosos.

Em relevante fundamentação sucessiva, argumentava-se ainda sobre a gravidez de Olga Prestes, impediendo a sua pretendida expulsão na medida em que importaria em proscrita transcendência da pena para além da pessoa da acusada, incidindo em ofensa ao princípio da pessoalidade das penas. Esse fundamento, para além das normas jurídicas, reclamava apelo à noção geral de Justiça e solidariedade, como também expôs a peça de impetração daquele *writ*, na transcrição das palavras de seu redator:

Em amparo da paciente vem ainda a Carta Magna. A gestante é aí objeto de extrema solicitude. Nos termos do art. 141, é obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias. A expulsão neste período delicada para a vida da gestante e do feto, a deslocação, sem destino certo, de uma mulher em tal situação, reduzida ao extremo grau da pobreza, equivaleria ao mais eficaz concurso para matá-la. O decreto de expulsão de Maria Prestes será a sentença de morte proferida ao mesmo tempo contra a mãe e o filho, mas, não só no Brasil não há pena de morte contra as mães, como até, muito ao contrário, a Lei Primária, assimilando as máximas conquistas da civilização, coloca sob a tutela do Estado a maternidade. Como conciliar o texto constitucional que torna obrigatório o amparo à maternidade, com o decreto de expulsão que equivaleria agora ao sacrifício da maternidade? Sobre todas deve primar a lei que traduz um princípio de humanidade. (SOBRAL PINTO apud GODOY, 2008, pp. 56-57)

Nada obstante a fundamentação articulada, e os mais fundos apelos não apenas à consciência jurídica, mas também ao mais mezanino sentimento de Justiça, o Supremo

Tribunal Federal não conheceu da impetração<sup>18</sup>, vista a suspensão da garantia constitucional por meio do art. 2º do Decreto n.º 702, de 1936.

Diante desse resultado, Olga Prestes foi expulsão do território nacional brasileiro e entregue em setembro de 1936, ainda grávida, à Alemanha, onde aguardou a morte em campo de concentração, cuidando de sua filha recém nascida no interior de uma prisão alemã, até a sua execução final: “Entre foices, martelos e togas, ao que parece, a história do direito parece marcada por triste fato que comprovaria a distância que separa o direito dos livros do direito em ação” (GODOY, 2008, p. 72).

O segundo caso paradigmático que se apresenta à análise do posicionamento do Poder Judiciário ainda sob aquele período de exceção é referente ao *habeas corpus*<sup>19</sup> impetrado em favor de Genny Gleiser, judia de nacionalidade romena, cuja idade não atingia a maioridade legal, contando-se 17 (dezessete) anos ao tempo de sua prisão por suspeitas de ligações com o comunismo e acusada de organizar o primeiro Congresso da Juventude Proletária e Estudantil, ocorrido na cidade de São Paulo durante o mês de julho de 1935.

Necessários parênteses devem ser abertos sobre o fato de ambos os casos analisados versarem sobre pessoas de ascendência judaica não é obra do acaso ou mera coincidência, pois muitos são os registros de que existiria, durante o Estado Novo, uma ação concertada de repúdio aos judeus. O registro de Carneiro (1999, pp. 329) não deixa espaço para dúvidas:

Vargas – expoente máximo do autoritarismo e populismo – impôs a censura, criou tribunais de exceção, estigmatizou os estrangeiros e negou abrigo aos judeus refugiados do nazi-fascismo. Sem coragem para expor ao mundo seu ideário anti-semita, manteve a política imigratória à sombra de circulares secretas. Enquanto isso, alemães nazistas e integralistas, ambos exaltadores das ideologias totalitárias no Brasil, propagandeavam suas idéias incentivados pelas atitudes fascistóides do chefe da nação brasileira. Somente após 1942, e assim mesmo sob o olhar vigilante dos Estados Unidos, é que Vargas saiu do seu falso neutralismo definindo-se para o lado dos aliados.

Em acréscimo, também não se pode descurar da importante chave interpretativa consistente no alinhamento ideológico de Getúlio Vargas com o ideário fascista, marcadamente nas concepções referentes ao Estado forte e centralizado, personificado na figura de um soberano que se localizasse acima dos interesses pontuais dos partidos político,

<sup>18</sup> A decisão contou com 3 votos divergentes proferidos pelos Ministros Carlos Maximiano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, que conheciam da impetração mas, no mérito, votavam por sua denegação.

<sup>19</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 25906/DF, Rel. Ministro Olympio de Sá, conhecida e denegada a ordem, unânime, data de julgamento 30.SET.1935



além da forte crítica à democracia parlamentar e liberal e o emprego de mecanismos de controle político e social (CARNEIRO, 1999, 334), e também coincidente em questões relacionadas ao anti-semitismo e ao combate ao comunismo.

O *habeas corpus* foi impetrado em 13 de setembro de 1935 e combatia a prisão de Genny Gleiser – que assim aguardava o decreto de expulsão do território nacional a ser editado pelo Ministro da Justiça sem paradeiro certo ou notícias sobre as condições do cárcere. Aditamento das razões constantes do pedido inicial foi realizado no dia 20 de setembro subsequente, por novos causídicos constituídos pela Comissão Executiva do Partido Socialista Brasileiro.

Os jornais da época, especialmente o periódico denominado *A Nota* – que também se encarregara de constituir advogado para a defesa da jovem – promoveram campanha contrária à sua expulsão do território nacional. Tais apelos ecoavam nas ruas em vozes estudantis, e no Congresso em protestos e injunções parlamentares.

O principal fundamento da impetração consistia na menoridade penal da paciente, que a colocavam fora do alcance do sistema penal, com submissão ao regime legal dos dispositivos constantes do Código de Menores, cuja intervenção de curador especial é necessária em qualquer processo ou procedimento que versasse sobre os interesses da menor. Além disso, a menoridade também apelava aos elementares critérios de justiça.

As informações prestadas em *habeas corpus* pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo controvertiam a menoridade da paciente, além do que buscava reafirmar a sua participação em atividades subversivas, vertidas na seguinte forma:

### **MOTIVOS QUE DETERMINARAM A PRISÃO**

1º Quais os motivos da prisão de Genny Gleiser?

Genny Gleiser foi detida em virtude de sua atividade como propagandista de idéias subversivas. Há vários meses vinha-se notando intenso trabalho da Juventude Comunista, órgão auxiliar do Partido Comunista Brasileiro. Para melhor propagar-se entre os jovens, aquela organização promoveu o chamado Congresso da Juventude Proletária Estudantil. Este Congresso anunciou uma reunião para a noite de 15 de julho do corrente ano em sua sede, no palacete Santa Helena, nesta capital (S.Paulo), onde seriam tratados assuntos referentes ao fechamento da Aliança Nacional Libertadora e as medidas a serem tomadas contra esse ato do governo. Pois bem: essa reunião se instalou sob a presidência de Genny Gleiser. Ignorando a presença da polícia, Genny Gleiser convocou os circunstantes com esta frase textual: Sentem-se, camaradas. A reunião não demora. O momento era de grande agitação; os objetivos daquele congresso, francamente subversivos. A polícia

teve, pois, que o dissolver. Genny foi detida nessa ocasião. Ela estava armada de revólver e acabava de expedir ao ‘camarada Artur’ um recado, escrito a lápis, o qual lhe determinava as tarefas a serem realizadas na quinta-feira próxima (dia 17), junto à Metalúrgica Matarazzo, isto é, a realização de um comício com operários daquela indústria, a fim de levá-los a greve. Esse bilhete, devidamente fotografado, foi junto aos autos do inquérito referente à expulsão da perigosa romena. Em seu poder foram encontradas duas cartas, provenientes de Recife, a ela enviadas por um conhecido comunista militante, das quais se depreende claramente que a mesma havia sido enviada para São Paulo pelo Partido Comunista. Nessas cartas, o remetente, que se revela grande admirador de Genny, lamenta que o Partido Comunista a tenha enviado para esta Capital e ao mesmo tempo lhe comunica haver escrito ao Partido para conseguir sua remoção para Recife. Essas cartas também foram juntas [sic] *aos autos em cópias fotográficas*.

### **PROPAGANDA EXTREMISTA**

Ainda em poder de Genny foi encontrado um documento de sua autoria, que diz o seguinte: ‘Preparar uma reunião para 6 e 10 horas, discutir as questões da Fábrica Ítalo-Brasileira. Ligar-se com 2 membros da diretoria e resolver junto que a diretoria tire um manifesto e convide todos os que comparecerem a uma assembléia geral’. Genny [...] foi operária da Ítalo-Brasileira; mas, de acordo com as instruções do P.C.B., ela devia ligar-se aos membros da diretoria do sindicato dos tecelões, para poder obter resultados práticos para o partido. Em poder de Genny foi encontrado mais o documento de sua autoria em três folhas de papel de jornal, sob o título ‘Por que motivo a ciência proletária é superior à ciência burguesa.’ Em uma carta dirigida a seu pai, datada de julho deste ano, Genny revela, ainda, nas entrelinhas, seu ideal e suas práticas comunistas. Finalmente, na residência de Genny a polícia foi encontrar tudo o que necessita o agitador comunista. Além de inúmeros volumes marxistas, documentos de indiscutível valor probante de sua atividade demolidora; boletins, jornais, folhetos extremistas, grande número de listas de subscrição em benefício do Partido, do Socorro Vermelho e da Juventude, e, o mais importante, material interno do Partido Comunista- o que revela a grande atividade subversiva da expulsanda, pois o ‘material interno’, que consiste em instruções fornecidas aos membros do Partido, sobre quais os métodos e práticas a serem seguidas, não se encontra senão no poder de membros de confiança daquela organização. Esses documentos todos, que bem revelam a atuação de Genny, constam do auto de apreensão e reconhecimento, então lavrado, e foram juntos [sic] aos autos. Entre os documentos pessoais de Genny, consta uma caderneta de Serviço Sanitário, a ela fornecida em 29.1.935, na qual declara nascida em 7.11.1913 (ter 22 anos, portanto). Em seu passaporte, no qual, porém, baseia a prova oficial de sua idade, consta ter ela 19 anos.

### **PROCESSO POLICIAL**

Na sede do Congresso da Juventude Proletária e Estudantil a Delegacia de Ordem Social sói encontrar, na mesma data de 15 de julho, [...] documentação subversiva, que ficou constante em auto regular de apreensão, devidamente assinado por testemunhas. Tratando-se de um elemento altamente perigoso e nocivo à ordem pública, a Delegacia de Ordem Social de São Paulo, como lhe cumpria, instaurou contra Genny Gleiser o necessário processo, de acordo com as leis vigentes, apurando, de modo cabal, sua ação perniciosa não só junto às classes operárias como estudantinas, as quais, aliás, era completamente estranha, embora ligada

pelos ideais comunistas através de seus companheiros infiltrados, em massa apreciável, na juventude de escolas e das fábricas, onde fácil se torna a propaganda, graças às promessas de amor livre e de uma utópica distribuição de fortunas. O processo policial apurou, de modo completo, o grau acentuado de nocividade dessa propagandista; e, com esses elementos, a polícia pediu e obteve fosse decretada a expulsão de Genny Gleiser. Expedido o decreto, impunha-se a detenção da expulsanda, de acordo com os dispositivos legais em vigor. " (RÃO apud GODOY, 2008, pp.95-98)

As informações prestadas insistiam, portanto, na negativa da menoridade de Genny Gleiser, nada obstante reportarem á divergência de dados apurados em dois distintos registros documentais: a caderneta do Serviço Sanitário encontrada em seu poder, que apontava a idade de 22 anos, e o seu passaporte, onde a idade seria de 19 anos.

O habeas corpus foi examinado na sessão de 30 de setembro de 1935 e pelo voto unânime dos Ministros da Suprema Corte nacional foi conhecida e denegada a ordem. Os fundamentos decisórios invocados trilhavam a dúvida existente sobre a alegada menoridade de Genny, e mesmo a irrelevância desse status para a execução da medida expulsória, como fez constar do voto do Ministro Carvalho Mourão: “A expulsão é um ato de soberania, em todos os países, porque entende-se ser o estrangeiro um hóspede do país; assim considerado enquanto não perturbar a ordem pública” (GODOY, 2008, p. 107)

Sobre essa triste passagem dos anais do Supremo Tribunal Federal, pondera Godoy (2008, p. 111), com razão e absoluta pertinência, quão equívoca e cega é a ilusão de incomunicabilidade dos campos do Direito e da Política:

O julgado desconcerta o intérprete contemporâneo, habitual e forçado a perceber hipotético distanciamento entre direito e política, como ensinado recorrentemente nas escolas de direito. Perde-se tempo precioso no estudo de aspectos muito pretéritos e distantes da história da normatividade, deixando-se de lado a análise de casos realmente eloquentes, como o presente, que denuncia época perversa, maniqueísta, chauvinista, racista e machista. E boa parte do direito e dos autores que digerimos são frutos daquele tempo. Naquele contexto de luta contra o comunismo o Supremo Tribunal Federal entendeu que se fazia justiça com a expulsão de Genny.

O terceiro caso ilustrativo – e que revelará solução levemente divergente do Supremo Tribunal Federal – cuida de habeas corpus impetrado perante aquela Corte Suprema para obtenção de ordem contrária à prisão de parlamentares federais aprisionados sob acusação de envolvimento com o comunismo, os deputados federais João Mangabeira, Abguar Bastos,

Domingos Velasco e Otávio da Silveira, e o senador Abel Chermont, pacientes nos autos do HC 26178/DF<sup>20</sup>.

Imprescindível registrar o testemunho de Evandro Lins e Silva sobre a persistente defesa de presos políticos que exerciam o deputado João Mangabeira e os demais parlamentares que, por fim, acabaram por levar às suas próprias prisões, a despeito da inviolabilidade constitucional de seus mandatos, reproduzida por Alves Júnior:

Nesse momento também houve uma pessoa que teve um papel muito importante, de quem me tornei amigo e admirador até hoje: o Dr. João Mangabeira, que era deputado federal. Seguindo o exemplo de seu mestre, Rui Barbosa, de quem era discípulo amado e de quem escreveu uma belíssima biografia, João Mangabeira resolveu impetrar habeas corpus em favor dos presos políticos, que eram notoriamente seqüestrados, levados para a prisão arbitrariamente e em condições desconhecidas. Ele requereu habeas corpus para muitos desses acusados sem que tivesse sido procurado, porque, pela Constituição, qualquer cidadão, mesmo sem ser advogado — e ele o era também —, pode requerer habeas corpus. Eu era jovem, tinha na época 23, 24 anos, e o Dr. João, a quem me liguei, me deu a tarefa de distribuir os habeas corpus que ele requeria — servi um pouco como seu estafeta. Mas, nessa oportunidade, tive a ventura de não assinar nenhum desses habeas corpus. Quem assinava eram o Dr. João, o Senador Abel Chermont, os Deputados Domingos Velasco, Abguar Bastos e Otávio Silveira. Um dia eu disse: “Dr. João, eu gostaria de assinar...” Ele respondeu: “Não, você não assina, porque não tem imunidades.” Resultado: eles todos foram presos, e eu não fui, porque não havia nenhum habeas corpus assinado por mim”. (SILVA apud ALVES JÚNIOR, 2009, p. 37)

O impetrante era o próprio deputado federal João Mangabeira, em seu favor e dos demais parlamentares, porque “achavam-se presos desde 23 de Março, no Quartel do Regimento da Cavalaria da Polícia Militar [...], com violação flagrante das imunidades que lhe são conferidas pelo art. 32 da Constituição Federal”.

Com efeito, o dispositivo constitucional indicado da Carta de 1934 assegurava aos parlamentares a imunidade prisional estabelecida desde a diplomação, que assim não poderiam ser processados criminalmente, nem presos sem licença da Câmara dos Deputados, salvo prisão em flagrante por crime inafiançável. Ainda nessa hipótese admitida de prisão, deveria ser oficiado o Presidente da Câmara, para deliberação sobre a pertinência e legitimidade da detenção (BRASIL, 1934).

<sup>20</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 26178/DF, Rel. Ministro Carvalho Mourão, data de julgamento 20.JUL.1936. Íntegra disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas\\_Corpus\\_26178.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas_Corpus_26178.pdf)> acesso em dezembro de 2013.

A inicial sustentava a competência do Supremo Tribunal Federal não somente pela supervisão das medidas excepcionais inauguradas por decreto de março de 1936, mas porque o próprio Presidente da República assumira a responsabilidade pelas prisões, conforme consta da petição de impetração:

[...] As autoridades coatoras são o Presidente da República e o seu Ministro da Justiça, e não os funcionários subalternos, ou os beaguins da polícia, que, sob as ordens daqueles, efetuaram a detenção. Até mesmo porque, pelo decreto de 21 de março que estabeleceu o estado de guerra, é o Ministro da Justiça quem superintende todas as providências decorrentes desta medida de exceção, situação em que foi mantido pelo decreto prorrogatório de 21 de junho último. Ainda mais: o próprio Presidente da República, em mensagem à Seção Permanente do Senado, publicada no Diário do Poder Legislativo e em toda a imprensa, assumiu a responsabilidade destas prisões, afirmando estarem os pacientes “organizando, sob a proteção das regalias inerentes aos respectivos mandatos, nova e iminente eclosão violenta das atividades subversivas das instituições políticas e sociais. Impedindo-lhes a ação e os prendendo, o Governo teve em mira tão somente defender a ordem pública, cedendo à imperiosa necessidade de acautelar a segurança nacional” [...] À Seção Permanente do Senado compareceu pessoalmente o Ministro da Justiça para justificar o atentado cometido contra os parlamentares. (grifos do autor)

Na questão meritória, sustentava-se a intangibilidade das prerrogativas parlamentares, que subsistiam mesmo em tempo de guerra, consoante a interpretação do § 2º do referido art. 32 da Constituição de 1934, segundo o qual: “Em tempo de guerra, os Deputados, civis ou militares, incorporados às forças armadas por licença da Câmara dos Deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares”. Tal imunidade alcançava também os Senadores, pela extensão assinalada no art. 89 da Carta Constitucional

A compreensão da garantia constitucional indicava a permanência das imunidades parlamentares, mesmo em tempo de guerra, mas, para além do argumento jurídico, não se abandonava a crítica ácida e a denúncia sem rodeios:

Assim, pois, a guerra não suspende nem poderia suspender as imunidades parlamentares. E se quiséssemos fortalecer esse truismo com um precedente histórico formidável, bastar-nos-ia o exemplo da França, invadida e talada pelo inimigo, na maior guerra da imunidade, e não num desses estados de guerra de farsa e mentira, passado por entre churrascos e bambochatas, criado por mera politicagem, e como fito único de, em meio à confusão geral, ao silêncio e à covardia, se obter mais uma prorrogação do próprio mandato. Pois bem, na França, com grande parte do território ocupado pelo exército alemão, um homem de ferro como Clemenceau não pode prender Caillaux e Malvy, acusados por ele de entendimento com o inimigo, sem que primeiro as Câmaras suspendessem as imunidades, em relação a esses parlamentares.

Apontava-se violência à imunidade parlamentar, porque os parlamentares não haviam sido presos em flagrante de crime inafiançável – ressalva contida no próprio dispositivo do art. 32 – e nem havia sido concedida licença pela Câmara dos Deputados para a detenção, em que pesasse a existência de pedido de licença formulado pelo Procurador da República para processar criminalmente os parlamentares.

Os fundamentos adotados e expostos na peça de impetração também cuidaram em demonstrar a vigência da garantia do habeas corpus – com justo receio de evitar a saída cômoda do seu não conhecimento pela Suprema Corte – ao que se expôs com magistral habilidade em capítulo próprio:

#### O HABEAS CORPUS NO ESTADO DE GUERRA

Nem se argua que o decreto de 21 de março suspendeu a garantia do habeas corpus. **Est modus in rebus.** Apenas estalava a guerra de Secessão, o Congresso Norte-Americano, legalizando o ato de Lincoln, votava a suspensão do habeas corpus. Não impediu isso, porém que a Suprema Corte conhecesse, durante aquela época, de vários casos de habeas corpus e, vigorante ainda a suspensão, o concedesse a Milligan, condenado à força por uma comissão militar no Estado de Indiana. É que não seria possível á Justiça daquele país permitir que, sob o pretexto da suspensão do habeas corpus, se executasse uma sentença de morte proferida por tribunal incompetente.(grifos do autor)

Além do peso dos célebres precedentes e a invocação do argumento de autoridade, a fundamentação foi também hábil em defender que o estado de guerra não implicava a suspensão da garantia e remédio do habeas corpus, mas somente impedia a utilização do instrumento para a defesa de liberdades individuais que implicassem em risco à segurança nacional, o que não se demonstrava no caso em vista de a defesa ali ser da imunidade parlamentar, prerrogativa institucional inerente e necessária ao bom funcionamento de um Poder da República e, por isso, inalcançável pelas disposições do Decreto n.º 702, de 1936.

Nas informações prestadas em sede de *habeas corpus* na data de 18 de julho de 1936, o Ministro de Justiça reafirma as prisões dos parlamentares por motivos de segurança nacional e também acrescenta que a Câmara houvera concedido licença para o processo criminal consubstanciada na Resolução n.º 2, de 09 de julho daquele ano.

No dia 20 de julho subsequente foi iniciado o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Carvalho Mourão, que expôs os fundamentos de seu voto com amparo em longas considerações sobre o estado de sítio e o estado de guerra:

Para cabal fundamentação do meu voto sobre as duas preliminares que cumpre estudar, peço permissão para expor sobre estado de guerra e estado de sítio, bem como sobre imunidades parlamentares e o habeas corpus nesses períodos anormais, algumas considerações, de ordem doutrinal.

Desde logo se note que as normas que regem o estado de guerra no direito público interno (normas constitucionais, umas, e de lei ordinária, outras), bem como as que regulam o estado de sítio nada mais são do que a regulamentação do próprio “estado de necessidade”, a delimitação legal deste para o Estado democrático, no exercício de suas funções.

[...]

Quem diz estado de guerra, é incontestável, refere-se tão somente à guerra internacional. Suas leis não se aplicam à guerra civil. O estado de guerra pressupõe condições estabelecidas no Direito internacional, e determina a aplicação de normas excepcionais de Direito Público interno.

[...]

A guerra internacional há de ser guerra entre Estados. O Direito Internacional não conhece senão Estados ou então (no desenvolvimento que tem tido nos últimos tempos) pessoas jurídicas de Direito Internacional. A guerra não se admite senão entre Estados ou, quando muito, entre um Estado e beligerantes fictos. Tem portanto a beligerância efeitos limitados, pois que os simples beligerantes não podem, por exemplo, nomear diplomatas, praticar, enfim, atos peculiares dos Governos reconhecidos como Estados, membros da comunhão internacional

Os princípios que se aplicam à guerra civil são outros. Se a ela se aplicam algumas leis da guerra, isto se faz por analogia e por espírito de humanidade; nunca como regra de Direito Público, interno ou internacional.

Rebelde é criminoso político, não é legítimo beligerante.

Prosseguia o voto em reconhecer que o Decreto n. 702, de 1936 decretara o estado de guerra por força de grave comoção intestina o que implicava na suspensão das garantias constitucionais, por força dos dispositivos constantes dos artigos 161 e 175, § 15º da Constituição então vigente, e, assim, adotava caminho possível de conhecimento da ordem de habeas corpus, distanciando-se dos precedentes da jurisprudência da Corte Suprema que lhes negavam a admissibilidade:

O art. 161, da Constituição Federal completa o disposto no § 15º, do art. 175. Naquele se dispõe: “O estado de guerra implicará a suspensão das garantias constitucionais que possam prejudicar direta ou indiretamente a segurança nacional”

Por conseguinte, mesmo em caso de guerra, propriamente dita, o que pode ser suspenso são as garantias constitucionais. Que é garantia constitucional? Todos nós sabemos desde os primeiros anos dos bancos acadêmicos: são as garantias dos direitos individuais. Nada mais. O impetrante, com muita razão, pondera que a Constituição só usa da expressão quando trata da garantia dos direitos individuais, na Declaração de Direitos.

Das imunidades parlamentares cogita o art. 32, na parte referente à organização política do país. A imunidade parlamentar não é garantia de direito individual do deputado ou senador: é prerrogativa do cargo. Prerrogativa não é garantia constitucional. E por que não é? Porque a imunidade é inerente à função, é condição essencial do desempenho do cargo. Logo, é uma imprescindível condição para o exercício do mandato.

Não visa a pessoa do representante da Nação, mas o cargo; é, por conseguinte, uma garantia do Poder Legislativo, indispensável para a sua independência em face dos demais poderes da Nação. Assim sendo, não pode ser suspensa durante o estado de guerra; principalmente a guerra moderna, que exige o concurso de todos para que se alcance a vitória. Ao Poder Legislativo confia a Constituição, missão, até, preponderante durante a guerra.

Assim é que lhe compete privativamente julgar os atos do Presidente da República, e os crimes de alta traição, praticados durante a guerra. Logo, o Poder Legislativo tem que existir, íntegro, no estado de guerra como no estado de sítio, e deve ser resguardado, tanto quanto possível, em atenção à natureza delicada dos seus pronunciamentos que pode expô-lo, via de regra, a atentados de toda a sorte.

E prosseguiu o voto do relator em expor com exemplos históricos da França na Primeira Guerra Mundial, ocasião em que a decretação do estado de sítio não importou na dissolução do Poder Legislativo e nem no afastamento das imunidades parlamentares.

Estabelecida, portanto, a premissa da integral e inabalada eficácia das imunidades asseguradas em normas constitucionais ao parlamentares, mesmo durante o estado de guerras, cabia avaliar se era possível nessas circunstâncias defendê-las através do remédio do habeas corpus, sendo considerada no voto do relator a tradicional resposta afirmativa então firmada em precedentes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Para mim, o writ de habeas corpus [...] não está suspenso durante o estado de guerra, mesmo ainda durante o estado de sítio. Assim já decidiu esta Corte, na vigência do presente estado de guerra. Todavia, o ponto a destacar é se tal remédio cabe para proteger as imunidades de parlamentares, presos justamente em consequência de fatos que determinaram a decretação do estado de guerra.

Admito poder haver dúvida sobre a resposta que a questão comporta. Mas a mim me parece que não procedem.

De fato, já decidimos que, vigente o estado de guerra, subsiste o habeas corpus, desde que não afete a segurança nacional.

Igualmente, porém, já resolvemos que o habeas corpus é remédio eficaz para proteger a liberdade individual, desde que a coação de que se trate, seja vedada, expressamente, mesmo durante o estado de guerra.

Foi assim que se decidiu não poder o Governo, mesmo no período anormal que atravessamos, expulsar brasileiros; foi assim que , eu, ao menos, sustentei que o Poder Executivo não pode banir cidadãos brasileiros, porque a expulsão e o banimento de nacionais não são permitidos pela Carta magna, nem mesmo em estado de guerra. Por conseguinte, se o governo expulsar ou banir brasileiros, excederá, visivelmente, os poderes que lhe forma confiados, limitadamente, em caso de guerra. Numa democracia, como a nossa, o Governo, mesmo em tempo de guerra, não fica investido da Ditadura.

Entendo que, estando a liberdade de locomoção assegurada no nosso regime, mesmo em estado de guerra, embora sob determinadas condições e com determinadas restrições, é preciso que, violada, seja amparada pelo habeas corpus. Não posso compreender que, assegurado um direito, mesmo em



estado de guerra, possa ele ser violado sem que caba sem que caiba o recurso protetor. Se, em estado de guerra, a liberdade de locomoção é, ainda que restritamente, protegida até certo ponto, para determinados efeitos; é forçoso que o habeas corpus a ampara e garanta dentro desses precisos limites.

Também o voto do Ministro Octávio Kelly se orientou pelo conhecimento do *habeas corpus*, mesmo em período excepcional onde se encontram suspensas as garantias constitucionais, quando o remédio processual-constitucional pretenda o reconhecimento da nulidade de medidas não toleradas pela ordem constitucional, como a pena de morte ou o banimento:

A Corte Suprema já decidiu que a equiparação do estado de sítio ao estado de guerra, nos casos de comoção intestina, suspende o uso do habeas corpus quanto às detenções relacionadas com as exigências da segurança pública (Const., art. 161). A essa limitação sempre opus, nos votos que tenho emitido, as exceções no que respeita ao banimento, expressamente proibido pela Constituição e à pena de morte só permitida em caso de guerra externa (Const. art. 113, n.º 29).

É que o estado equiparável ao de guerra, tal como concebeu a Emenda n.º 1 à Const. não tem as características que o definem no direito internacional. Instituto entre nós para o fortalecimento da autoridade e facilidade de imediata e pronta repressão em situações que o estado de sítio ordinário não resolveria, ele vale como um regime mais intenso de suspensão de garantias, aconselhável ante a verificação de graves agitações que possam por em perigo a estabilidade da Nação ou de seu governo. Mas, nem porque se revista de aspecto também mais rigoroso, a sua decretação poderá restringir ou anular a ação legítima dos órgãos representativos da soberania nacional. Dentro, portanto, do conceito dessa medida, essencialmente de emergência, se não ajustam quaisquer propósitos que importem em despojar o Legislativo ou o Judiciário de garantias que, não sendo de natureza pessoal, antes se destinam a preservar seus membros de coações que afetem a independência reclamada para o integral desempenho das funções atribuídas a esses órgãos superiores do Estado.

Com essas considerações – e possivelmente temendo que o atropelo das imunidades institucionais pudesse também atingir o próprio Supremo Tribunal Federal –, a impetração foi admitida pelo Tribunal, entretanto, a ordem foi denegada, sob a compreensão expostas no voto do Ministro relator de que, tanto o Senado Federal quanto a Câmara dos Deputados, por seus órgãos com atribuições à época para receber e deliberar sobre pedidos de licença para a instauração de processos criminais contra parlamentares, haviam sido devidamente comunicados, quando então concederam a licença, e cientes do fato de que tais parlamentares já se encontravam segredados pelas autoridades policiais nada deliberaram.

Assim sendo, se desejavam as ditas câmaras dar sentido restrito à autorização para o processo, teriam, primeiro, exigido que se pusessem em liberdade os deputados e o senador conservados em custódia; ou, no mínimo,

deveriam dizer expressamente, que os parlamentares presos deveria ser soltos incontinenti. Mas não foi isso que sucedeu.

Não se pode desprezar o ambiente de insegurança em que viviam os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal ao tempo em que proferidas todas essas decisões judiciais, ambiente que, se não fosse capaz de alterar os rumos das consciências, ao menos atormentavam o exercício da judicatura, conforme o testemunho, prestado em julho de 1952, pelo próprio Ministro Otávio Kelly, segundo o registro de Costa (2006, p. 71-72):

Naquela fase de muitas decepções e renúncias, disse ele, era excepcionalmente difícil o exercício da judicatura, sobretudo da que encarnava toda organização judicial, cujos alicerces a aluíam. Nem os acórdãos estava sujeitos do desrespeito ou do desacato, nem os que os subscreviam tinham como evitar a exoneração ou a aposentadoria arbitrárias, a não ser confiando na força imanente dos princípios, a qual se rende, sem o querer, a vontade soberana. O Supremo Tribunal Federal sofria a pior condenação – de viver cerceado em um mundo de ficções remanescentes, em derredor dele, haviam ruído todas as colunas da sociedade livre. Dentro das contingências que passou a operar, cada ministro possuía apenas o escudo de sua consciência para opor ao mando incontestável e triunfante. Resguardar a dignidade, a fim de acudir, ao menos, a dignidade alheia; manter a independência, para não se anular na submissão geral, desempenhar uma função diminuída para que os restos dela também não desaparecessem; dar um mínimo de satisfação aos que aspiravam ao máximo de amparo, de modo que não lhes faltasse tudo; zelar o seu ministério, ainda que fosse para negócios privados, não colidentes com o interesse político de maneira que não se destruísse de todo o instrumento civilizador do direito – tal a missão que as circunstâncias haviam traçado aos membros da mais alta congregação judiciária.

Conta-se que o ministro Otávio Kelly, cuja atuação tornava-se cada vez mais oposta ao governo, recebeu um aviso de Francisco Campos, então ministro da Justiça, conhecido por suas convicções autoritárias, sugerindo que ele pedisse aposentadoria, caso contrário seria aposentado pelo governo. A ameaça não surtir resultado. O ministro Kelly não pediu aposentadoria, nem mudou sua linha de conduta. Só se aposentou dois anos mais tarde, quando Francisco Campos saiu do Ministério da Justiça.

Esses casos são emblemáticos não apenas para assentar a percepção do acúmulo dos poderes nas mãos das autoridades do Poder Executivo, mas também a tibieza dos demais Poderes – e não apenas o Poder Judiciário, como insiste a crítica de Ackerman – em fazer frente de resistência à medidas de força que são lançadas contra toda a população e chegam mesmo a atingir seus próprios membros.

### 3 O INIMIGO NO DIREITO PENAL

No presente capítulo, cuida-se de verificar a função primordial que a teoria política reserva ao inimigo, bem como, especialmente, a sua constante presença no exercício do poder punitivo – sempre e em qualquer lugar gravado pela nota da seletividade.

Em primeira perspectiva, a encarnação do inimigo ôntico – criado pela proposta criminológica positivista, cuja existência real era possível ser constatada em características físicas e corporais – até a sua desmaterialização no conceito mais amplo do inimigo político, cuja tarefa de identificação demanda a constante vigilância, em atividade estatal que exige o afastamento – ou ao menos a flexibilização – das amarras das garantias liberais.

Em seguida, a proposta sofisticada de um setor específico de tratamento diferenciado àqueles que ostentem a condição de inimigo em que se lhe revoga o próprio estatuto da personalidade, equiparando-o ao ser perigoso que deve ser neutralizado – o Direito Penal do Inimigo – bem como as críticas que lhe são opostas e os riscos de extinção da concepção do Estado de Direito criados pela sua admissão.

Por fim, a criação de um novo paradigma da exceção, consistente em garantir a segurança pública, especialmente assombrada pelos tráficos ilícitos e pela criminalidade urbana e *callejera*, que apresenta os riscos de normalização do discurso da emergência que procura tornar corriqueiro e ordinário o abrandamento de garantias fundamentais a fim de propiciar a a incolumidade física, material e moral dos cidadãos.

#### 3.1 A CONSTRUÇÃO DO INIMIGO COMO ATIVIDADE ESSENCIAL DO ESTADO DE EXCEÇÃO.

A visita à experiência histórica recente evidencia a presença das categorias teóricas do Estado de Exceção, mormente pela conceituação da soberania enquanto prerrogativa do soberano em reconhecer o momento e a ocasião em que necessária a suspensão da ordem jurídica para restaurar a ordem factual, sem, no entanto, implicar na revogação dessa mesma ordem jurídica.

Também a desconfiança do Poder Judiciário como depositário da concretude e eficácia das normas jurídicas, sobretudo as salvaguardas constitucionais da liberdade e da pessoa humana se pôde verificar no teor das decisões exaradas em casos extremos, quando as circunstâncias políticas se mostraram conturbadas.

De todas as categorias, entretanto, há um específico ponto a que dedicaremos análise mais aprofundada: a necessidade de construção de um inimigo como fundamento essencial ao Estado de Exceção, para somente então podermos analisar as formas discursivas pelas quais se transita à revogação do estatuto jurídico e, enfim, da própria personalidade do inimigo, para então apresentá-lo ao altar como o *homo sacer* pronto ao sacrifício sem culpa.

“O conceito de Estado pressupõe o conceito do político” (2008, p.19), assertiva a partir da qual Schmitt estabelece o conceito do político, ou seja, o critério que definisse a essência do agir político, do qual seria possível alcançar, por derivação, o conceito de Estado, superando-se a sua corriqueira definição como *status* político de um povo organizado em um território organizado, o que, em verdade, não se trata de um conceito, mas de perífrase.

Schmitt também aponta para tradicional dificuldade de conceituar o Político, o que se faz por contraposições – Política/Direito, Política/Economia, Política/Moral e Política/Religião – que, todavia não apresentam resultado satisfatório, pois, em geral, verifica-se que a sua idéia se relaciona com a idéia estatal: o político é algo estatal; o Estado, algo político, em evidente tautologia.

Schmitt aponta que uma conceituação do político somente pode ser obtida por meio da descoberta e verificação de categorias especificamente políticas, dado que o político tem os seus próprios critérios, distintos da moral, do econômico e do estético.

Assim como na Moral as diferenciações últimas se apresentam como bem e mal; na Estética, se colocam como belo e feio; na Economia, o útil (rentável) e prejudicial (não-rentável), no âmbito da Política, o critério específico, sob o qual se pode relacionar os atos políticos e as motivações políticas, reside na distinção entre amigo e inimigo (2008, p. 27).

A partir desse critério essencialmente político Schmitt afirma a autonomia das categorias políticas em relação às demais searas, pontuando, ainda que o inimigo se identifica no outro, no desconhecido, cuja impossibilidade de convivência atinja grau de tamanha intensidade que a única alternativa seja a sua eliminação física (2008, p. 28):

A diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de intensidade de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação podendo existir na teoria e na prática, sem que simultaneamente, tenham de ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas ou outras. O inimigo político não precisa ser moralmente mau, não precisa esteticamente feio; ele não tem que se apresentar como concorrente econômico e, talvez, pode até mesmo parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele é precisamente o outro, o

desconhecido e, para sua essência, basta que ele seja, em um sentido especialmente intenso, existencialmente algo diferente e desconhecido, de modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele, os quais não podem ser decididos nem através de uma normalização geral empreendida antecipadamente, Nem através da sentença de um terceiro ‘não envolvido’ e, destarte, ‘imparcial’.

Desse modo, a distinção da qual se extrai o critério de definição se dá pela impossibilidade de coexistência e pela intangibilidade de regramento comum ou decisão do conflito por um terceiro imparcial, sendo tais referências orientadas, de forma crítica, ao Direito e ao Poder Judiciário (terceiro imparcial):

A possibilidade de um reconhecimento e entendimento corretos e, com isso, também o poder de voz ativa e de julgamento, está aqui dada apenas por meio da participação e colaboração existenciais. O caso de conflito extremo só pode ser resolvido pelos próprios envolvidos entre si; isto é, cada um deles só pode decidir ele próprio se o caráter diferente do desconhecido significa, no existente caso concreto de conflito, a negação do próprio tipo de existência e, por isso, se será repellido ou combatido a fim de resguardar o tipo de vida próprio e ôntico. (SCHMITT 2008, p. 28)

Essa proposta teórica enaltece que os conceitos de amigo e inimigo devem ser tomados em seu sentido concreto e real, e não como alegoria, e nem mesmo mesclados com conotações morais, econômicas ou de outra índole, apontando que o pensamento liberal logrou confundir a imagem do inimigo na de um competidor econômico ou um oponente no lado espiritual. Procura desfazer essa compreensão e (re)conceituá-lo em passagem não prescinde de citação textual:

Assim, o inimigo não é o concorrente ou o adversário em geral. Tampouco é inimigo o adversário privado a quem se odeia por sentimentos de antipatia. Inimigo é apenas um conjunto de pessoas em combate, ao menos eventualmente, i.e., segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico. Inimigo é somente o inimigo público, pois tudo o que se refere a um conjunto semelhante de pessoas, especialmente a todo um povo, se torna, por isso, público. Inimigo é *hostis*, não *inimicus* em sentido amplo. A língua alemã, assim como outras línguas, não diferencia entre o ‘inimigo’ privado e o político, de modo que se fazem possíveis muitos equívocos e falsificações. O trecho muito citado “amai os vossos inimigos” (Mt 5, 44; Lc 6, 27) significa ‘*diligite inimicos vestros*’, ‘*agape tous echtrous hymon*’, e não: ‘*diligite hostes vestros*’; não se fala do inimigo político. Mesmo na guerra milenar entre o Cristianismo e o Islamismo, nunca ocorreu a um cristão, por amor ao sacarracenos ou aos turcos, ter que entregar a Europa ao Islamismo, em vez de defendê-la. Não é preciso odiar pessoalmente seu inimigo no sentido político e só tem sentido amar seu ‘inimigo’, i.e., seu adversário, na esfera privada. Aquela passagem bíblica não diz respeito à contraposição política, assim como, por exemplo, não tem a pretensão de suprimir as oposições entre bom e mau ou belo e feio. Sobretudo, ela não significa que se deve amar os inimigos de seu povo ou apoiá-los contra seu próprio povo (2008, p. 30-31)

A contraposição política, portanto, é a mais extrema que se pode conceber, tendo na guerra sua máxima expressão, em que a inimizade se torna visível e aparente. No interior de um Estado a definição sobre a amizade-inimizade deve ser definida pelo próprio Estado e a atividade política é decorrência dessa permanente contraposição, mesmo em tempo de paz, e conformam o critério que dever ser observado para a determinação de todas as demais categorias políticas, como Estado, República, sociedade, classes e, sobretudo, soberania que, , segundo Schmitt (2008, p. 32), se tornariam palavras vazias de sentido não fosse a orientação semântica da relação política essencial.

Em que pese permear todas as práticas estatais, tal contraposição é constatada em níveis distintos, sendo a guerra e a revolução as situações extremas onde se exteriorizam máxima medida. A possibilidade real de um combate (e da eventualidade da morte física) é o que define o político.

Assim, a guerra (combate entre Estados) ou a guerra civil (combate entre grupos dentro de um Estado) são as situações onde o político se apresenta em estado bruto: “A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ôntica de um outro ser. A guerra é apenas a realização da inimizade” (2008, p. 35).

Todavia, pondera Schmitt, que a guerra não é o objetivo primordial ou o conteúdo da política, mas apenas o seu pressuposto (na possibilidade real sempre existente) que orienta a ação e o pensamento humanos de um modo especial, suscitando, assim, um comportamento tipicamente político.

Após a adoção clara da posição conceitual das premissas e dos elementos do político, Schmitt aponta que toda contraposição moral, religiosa, econômica étnica ou de qualquer outra índole se converte em contraposição política quando se torna de intensidade suficiente forte para agrupar os seres humanos, de parte a parte, em grupos distintos que enxergam a si próprios e reciprocamente como amigos e inimigos (disposição real ao combate e aniquilação).

De modo que uma comunidade religiosa que lidere guerras contra outras comunidades religiosas, ou qualquer outra guerra, se consubstancia também como unidade política, e não mais apenas uma comunidade religiosa. Essa magnitude política está presente mesmo quando se é possível evitar guerras, impondo proibições aos seus membros, isto é: se pode efetivamente negar a qualidade de inimigo a seu oponente (2008, p. 39).

Também o conceito de classes econômicas, encarecido como chave explicativa por teorias econômicas da sociedade e do Estado, abandona o terreno puramente econômico quando se reconhecem em permanente conflito (luta de classes) e adotam a postura de combate real e tendente ao extermínio recíproco:

O político pode extrair sua força dos mais diversos âmbitos da vida humana, das contraposições religiosas, econômicas, morais e de outros tipos; ele não caracteriza nenhum domínio próprio, e sim, tão somente o grau de intensidade de uma associação ou dissociação de pessoas, cujos motivos podem ser de índole religiosa, nacional (no sentido étnico ou cultural), econômica ou de outra espécie, provocando, em momentos distintos, diversas ligações e separações. (SCHMITT, 2008, p. 40-41)

Dessa perspectiva, Schmitt estabelece por derivação o conceito de Estado enquanto unidade essencialmente política que se define pela peculiar capacidade de designar, por sua própria e exclusiva decisão, o inimigo e, no caso extremo, decidir sobre a razão e o momento de deflagrar o seu combate e, de outro lado, o conceito de povo também se apresenta pela disposição comum à luta pela própria existência:

Ao Estado como unidade essencial política pertence o *jus belli*, isto é, a real possibilidade de determinar o inimigo no caso dado por força de decisão própria e de combatê-lo. Com quais meios técnicos o combate é conduzido, como é a organização das Forças Armadas, quão grandes são as expectativas em se vencer a guerra, tudo isto é irrelevante sempre quando o povo politicamente unido está disposto a lutar por sua própria existência e sua independência, determinando por força de decisão própria em que consistem sua independência e liberdade. (SCHMITT, 2008, p. 48)

E essa prerrogativa da eleição do inimigo não se restringe ao inimigo externo a ser combatido por meio do conflito armado, mas também se volta para o interior do próprio Estado quando se torne necessária a intervenção coativa para estabelecer a pacificação social, com a designação do inimigo interno sujeito à neutralização:

O Estado enquanto unidade política normativa concentrou em si mesmo uma imensa competência: a possibilidade de fazer guerra e, assim, de dispor abertamente sobre a vida das pessoas. Isso em virtude do fato de que o *jus belli* contém tal disposição; significa a dupla possibilidade: exigir de membros do próprio povo prontidão para morrer e prontidão para matar, e matar pessoas do lado inimigo. Mas o desempenho de um Estado normal consiste, sobretudo, em obter dentro do Estado e de seu território uma pacificação completa, produzindo ‘tranquilidade, segurança e ordem’ e criando, assim, a situação normal; esta é o requisito para que as normas jurídicas possam ter eficácia absoluta, pois toda norma pressupõe uma situação normal e nenhuma norma pode ter validade para uma situação que lhe é plenamente anormal.

Em situações críticas, esta necessidade de pacificação intra-estatal leva a que o Estado, como unidade política, enquanto existir, também determine, por si

mesmo, o ‘inimigo interno’. Destarte, em todos os Estados, de alguma forma, há o que o Direito Público das repúblicas gregas conhecia por declaração de *polemios* e o Direito Público romano por declaração de *hostis*, ou seja, tipos de desterro, de ostracismo, de proscrição, de banimento, de colocação *hors la loi*, em suma, tipos de declaração de inimigos intrastatais, podendo, ser estes tipos mais rigorosos ou mais suaves, supervenientes *ipso facto* ou com efeito jurídico em virtude de leis especiais, explícitos ou encobertos por meio de circunscrições genéricas. (2008, p. 49)

Da análise do pensamento de SCHMITT atinge-se facilmente a conclusão de que, nessa linha, a existência do Estado pressupõe e chega mesmo a se definir pela a designação do inimigo comum, seja de ordem externa, seja interna, para ser combatido pela unidade política estatal, visto que a essência do agir político se identifica na antítese amigo/inimigo.

É importante destacar que a justificativa schmittiana para a designação do inimigo interno se encontra na situação crítica de desordem e caos social, ou seja, diante da suposta necessidade de se criar – por meios incisivos e violentos – a situação de normalidade, requisito da eficácia das normas. De certo modo, é a invocação da premissa hobbesiana de *bellum omnia omnes* (guerra de todos contra todos), como idéia fundante da concepção estatal, pela criação de um ente superior (*Leviatã*) a todos e capaz de assegurar a segurança de todos, exigindo-lhes soberanamente obediência.

Ocorre que tal concepção acaba por não se circunscrever apenas aos setores sociais que promovam a desordem e coloquem em risco a segurança ou a existência do Estado, e resultam também por alcançar, em última análise, aqueles que se destaquem pela diferença de um padrão homogêneo de costume, idéias e valores, compondo doutrina contrária ao pluralismo social.

O desenvolvimento da linha dessa linha de raciocínio alcança o problema central do pensamento schmittiano: a difícil integração entre democracia e liberalismo, este alvo de crítica direta por promover a despolitização por meio de neutralizações e deslocamento dos conflitos para duas esferas da vida social: ética e economia:

[...] Deve-se observar, quanto a isso, que esses conceitos liberais se movimentam de uma forma típica entre a ética (espiritualidade) e economia (negócios) e, a partir desses lados polares, procuram aniquilar o político enquanto esfera do ‘poder conquistador’, onde o conceito de Estado de ‘direito’, i.e., Estado de ‘Direito Privado’ serve de alavanca e o conceito de propriedade privada configura o centro do globo, cujos pólos – ética e economia – constituem apenas as irradiações antagônicas desse ponto central. O *páthos* ético e a objetividade econômico-materialística unem-se em toda manifestação tipicamente liberal e conferem nova feição a todo conceito político. Dessa feita, o conceito político de luta no pensamento



liberal se converte, no lado econômico, em concorrência, enquanto no outro lado, o lado ‘espiritual’, se converte discussão; no lugar de uma clara diferenciação entre ambos os status distintos de ‘guerra’ e ‘paz’ surge a dinâmica da eterna concorrência e da eterna discussão. (SCHMITT, 2008, pp.77-78)

SCHMITT aponta que essa polarização também resulta na desintegração de todos os conceitos políticos de segunda ordem, e o Estado se converte em sociedade e Humanidade e, por outro lado, em sistema de produção e circulação uniforme, e ainda, “a vontade, totalmente natural e existente na situação de combate, de repelir o inimigo se transforma em um ideal ou programa social racionalmente construído, em uma tendência ou cálculo econômico” (2008, p 78).

Como resultado dessas neutralizações, observa que o Estado de Direito liberal logrou submeter a Política ao Direito, o que não lhe tira todavia do alvo da crítica:

[...] Ainda mais interessante é que os pontos de vista políticos foram privados, com especial *páthos*, de toda validade e submetidos às normatividades e ‘ordenamentos’ da moral, do Direito e da economia. Dado que, como dito, na realidade concreta da existência política não reinam ordem e normas abstratas, sendo, ao contrário, sempre pessoas ou associações concretas que governam outras pessoas e associações concretas, também aqui naturalmente, visto de uma perspectiva política, o ‘domínio’ da moral, do Direito, da economia e da ‘norma’, possui apenas um sentido político concreto. (SCHMITT, 2008, p. 79)

Com a nítida contraposição estabelecida por Schmitt como essencial à existência do campo político, deve-se observar a forma pela qual o conceito do inimigo tem sido articulado na base do exercício do poder punitivo e especular a possibilidade e os efeitos de sua anulação nos discursos penais.

### 3.2 O INIMIGO E O PODER PUNITIVO.

Zaffaroni examina a existência do inimigo – enquanto imagem real e simbólica – na perspectiva de elemento estrutural do poder punitivo, partindo da assunção das seguintes premissas: i) o poder punitivo sempre discriminou seres humanos, negando a alguns indivíduos ou grupo de indivíduos a condição de pessoas, o que, na prática, equivale a classificá-los como inimigos, entes perigosos a quem o exercício da coação não deve observar os limites do direito penal liberal; ii) essa diferenciação não é revelada somente pela História e pela Sociologia, responsáveis pela verificação de dados fáticos; mas também a revelam os dados jurídicos, visto que tanto as leis quanto a doutrina legitimam esse tratamento diferenciado, bem como os saberes criminológicos o revestem de pretensa justificação

científica e, por fim, iii) em sede de teoria política, o modelo político estatal que permite a atuação diferenciada entre cidadãos e inimigos é incompatível com o Estado de Direito (2007, p. 11).

No panorama dessas observações, Zaffaroni defende que a doutrina do Estado de Direito se destina a identificar os setores de exercício do poder punitivo – especialmente consolidados nas racionalizações jurídicas – e assim também procurar limitar o fenômeno, o que deve ser feito em nome e pela conservação do modelo político liberal.

Tal exercício se torna sobremodo necessário em vista do regresso autoritário que os discursos penais apresentaram nas duas últimas décadas, visto o abandono do horizonte de debate das propostas abolicionistas e reducionistas, com súbito regresso às pautas de expansão do poder punitivo, onde o “tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão”. (2007, p. 13)

Esse regresso autoritário, entretanto, apresenta características peculiares cuja adoção suplantaria em definitivo as garantias liberais consubstanciadas em direitos fundamentais historicamente consolidados, com abandono da repressão penal de fatos ocorridos (Direito penal do fato) para a reconfiguração do Direito penal de autor, como aponta Zaffaroni (2007, p. 14-15):

Assinalou-se que as características deste avanço contra o tradicional direito penal liberal ou de garantias consistiriam na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal de autor.

Na doutrina jurídico-penal, pode-se distinguir o debilitamento do direito penal de garantias através da imputação jurídica conforme critérios que são independentes da causalidade; da minimização da ação em benefício da omissão, sem que interesse o que o agente realmente faça, a não ser o dever que tenha violado; da construção do dolo sobre a base do simples conhecimento (teoria do conhecimento), que lhe permite abarcar campos antes considerados próprios da negligência; da perda de conteúdo material do bem jurídico, com os conseqüentes processos de clonagem que permitem uma nebulosa multiplicação de elos; do cancelamento da exigência de lesividade conforme a multiplicação de tipos de perigo sem perigo (perigo abstrato ou presumido); da lesão à legalidade mediante tipos confusos e vagos e a delegação de função legislativa penal, sob o pretexto das chamadas leis penais em branco, etc.

Zaffaroni aponta a necessidade de se levar em conta o contexto formado pela atual conjuntura mundial para a compreensão do fenômeno do regresso ao modelo penal autoritário e punitivista, o que se verifica em uma plêiade de sinais alarmantes:

[...] O poder se planetarizou e ameaça com uma ditadura global; o potencial tecnológico de controle informático pode acabar com toda intimidade; o uso desse potencial controlador não está limitado, nem existe forma de limitá-lo à investigação de determinados fatos; as condições do planeta se deterioram rapidamente, e a própria vida se encontra ameaçada. Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos, sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* (*rectius*: popularesca) e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os conseqüentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade (2007, p. 15-16)

Na esteira do pensamento de Agamben, também Zaffaroni identifica as origens remotas do conceito de inimigo em Roma Antiga, onde, em essência, se retratava no *estranho*, estrangeiro, bárbaro, ou seja, naqueles que careciam de qualquer direito e, em termos absolutos, estavam fora da comunidade. Dessa compressão surgiram duas categorias de hostis: o *hostis alienígena* – que em escassa medida era protegido pelo *jus gentium* – e o *hostis judicatus*, aquele declarado inimigo pelo Senado Romano.

O estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abará todos os que incomodam o poder, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como estranhos, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. Não se compreende o estrangeiro porque não é possível comunicar-se com ele, visto que fala uma língua ininteligível: não há comunicação possível com o *hostis* [...]

O inimigo declarado (*hostis judicatus*) configura o núcleo do tronco dos dissidentes ou inimigos abertos do poder de plantão, do qual participarão os inimigos políticos puros de todos os tempos. Trata-se de inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se declaram a si mesmo, mas antes são declarados pelo poder. A instituição do *hostis judicatus* romano cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para torna-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos. (2007, p. 22)

Essa tradição atravessou a História do Direito ocidental e penetrou na modernidade, onde recebeu a mais profunda articulação na teoria política de Schmitt. Entretanto, Zaffaroni desaconselha a adoção de incrédula recusa dessa compreensão, mas, antes propõe a sua identificação em setores do Estado de Direito onde se apresenta como “um obstáculo do

pensamento pré-moderno arrastado contraditoriamente pela modernidade pela modernidade” (2007, p. 24)

Em verdade, Zaffaroni aponta que o inimigo é um elemento estrutural do discurso legitimador do poder punitivo, cujo tratamento diferenciado baseia-se em emergências, ou seja, em ameaças, potenciais ou reais, à própria existência da Humanidade ou sociedade (2007, p. 86):

Historicamente, a primeira emergência foi teorizada pelos criminólogos medievais, chamados *demonologistas*, provenientes da ordem dos dominicanos, e foi sintetizada no famoso *Malleus Maleficarum*, primeira teorização extensa, processada e elaborada com fina filigrana, de modo integrado, pela criminologia etiológica, pelo direito penal, pelo processual penal e pela criminalística.

O procedimento inquisitorial obrigava, mediante tortura, a denúncia de outros suspeitos, numa lógica reprodutiva que tendia ao infinito. As vantagens desse procedimento rapidamente levaram o poder a estendê-lo aos tribunais laicos, onde foi aplicado com rigor ainda maior do que nos tribunais eclesiásticos.

Desse ponto de partida, Zaffaroni procura identificar a presença dessa marca do poder punitivo praticado ao longo do curso da História ocidental, passando pela Revolução Mercantil, quando o movimento colonialista rompeu as fronteiras do Novo Mundo, com a conquista da América e da África pelos países europeus, onde é possível observar com certa regularidade a insistente eclosão de uma lista de emergências, como ameaças apocalípticas a demandar a individualização de um inimigo:

O discurso teocrático, usado durante a primeira etapa da planetarização do poder, apresentava o genocídio colonialista como uma empresa piedosa, em cujo nome se matavam os dissidentes internos, os colonizados rebeldes e as mulheres desordeiras. O inimigo desta empresa, depois da extinção dos infelizes albigenses e cátaros, era Satã, o que deu lugar à primeira de uma longa lista de emergências, que seguiriam pelos séculos afora até a atualidade, ou seja, ameaças mais ou menos cósmicas ou apocalípticas que justificam uma guerra e, por conseguinte, demandam a individualização de um inimigo. (ZAFFARONI, 2007, p. 33)

Essa recomposição histórica não pode deixar de considerar o papel da Inquisição no exercício altamente seletivo do poder punitivo medieval, retratado na substancial alteração do método de conhecimento da verdade – e também da verdade processual – com migração do sistema *disputatio*, calcado na disputa entre as partes litigantes, para o de *inquisitio*, em que o sujeito do conhecimento – inquisidor – interroga o objeto do conhecimento – inquirido – em busca da verdade:

Ao suprimir Deus, esta argumentação, posteriormente laicizada, deixou como bem supremo o próprio saber, de modo que, nos saberes (ciências), Satã foi substituído pela ignorância. A ignorância será o mal e o saber o bem; todo saber abrirá a consciência e libertará, toda ignorância será escravizante, o saber é sempre luminoso e progressista, a ignorância é obscura e atrasada. Portanto, nada pode deter a marcha do acesso à verdade e, assim, o insaciável apetite de verdade – para não dizer glotoneria e voracidade de poder – do sujeito cognoscente seguirá em frente, sem deter-se diante da violência sobre o objeto do conhecimento. O sujeito cognoscente, por essência, estará sempre num plano superior ao do objeto de conhecimento, porque assim o requer a própria estrutura desta forma de conhecimento (ZAFFARONI, 2007, p. 40)

Se é certo admitir que esse método de conhecimento eminentemente inquisitorial deixou marcas profundas legadas até os tempos presentes, quando ainda podem ser identificados no exercício do poder punitivo, Zaffaroni admite que a Revolução Industrial importou na alteração de uma série de caracteres que atenuaram o controle penal diferenciado.

A distensão do modelo repressivo da Idade Média por meio do discurso da Reforma Penal era necessária à nova classe burguesa e industrial que experimentava, de modo permanente, o peso da repressão penal, pois seus reclamos e pretensões eram ordinariamente recebidos como insubordinação e dissidência.

Em verdade, o momento de triunfo se opera quando a nova classe domina o discurso reformista em seu próprio proveito e com a instituição do cárcere conseguem instituir o poder disciplinador das classes trabalhadoras e o estoque do excedente da mão de obra, tornando o exercício do poder punitivo funcional para a conservação e o crescimento do sistema capitalista industrial, como registra Zaffaroni (2007, p. 43-44):

O surgimento e o desenvolvimento de uma nova e poderosa classe social, como a dos industriais e comerciantes, em concorrência com a classe estabelecida – nobreza e clero – determinou que a primeira procurasse, por todos os meios, debilitar o poder da velha classe hegemônica e, como capítulo fundamental dessa empresa, tratasse de reduzir o poder punitivo, que era uma de suas principais armas de dominação. Esse esforço traduziu-se num discurso penal redutor e, subsidiariamente, em mudanças na realidade operativa do poder punitivo, que não deixou de ser exercido de forma seletiva, mas tornou-se funcional ao crescimento e à expansão da nova classe.

Ainda que a aplicação da pena de morte tenha se limitado aos criminosos graves (assassinos) e aos dissidentes (a Comuna de Paris, por exemplo), a lógica permanecia: com a eliminação física eles deixavam de constituir um problema. As dificuldades, como assinalamos, manifestaram-se em relação aos indesejáveis, cujo número aumentou com a concentração urbana. Era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes. Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o

encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional, ou então a deportação (especialmente adotada pela Grã-Bretanha e pela França, mas também pela Argentina).

Não é possível desconhecer o surgimento de discursos criminológicos que, com invocação de métodos científicos oriundos do positivismo científico, propunham a racionalização dos critérios de diferenciação em padrões estéticos, físicos, étnicos e raciais e, cuja proposta da Criminologia Positivista, apregoava a existência ôntica do inimigo. Vale dizer, com Zaffaroni (2007. pp. 91-92), teoria que defendia a existência do inimigo natural da sociedade:

Quatro séculos depois do *Malleus*, o positivismo criminológico, com o mesmo esquema integrado de criminologia etiológica, direito penal, processo penal e criminalística, retornou abertamente ao sistema inquisitorial. O estranho ou o inimigo, tanto o criminoso grave como o dissidente, voltou a ser biologicamente inferior, não em razão do gênero [feminino] como no caso das bruxas, mas sim por ser patológico ou pertencer a uma raça não suficientemente evoluída (é um colonizado nascido por acidente na Europa) ou por um degenerado (produto involutivo de uma raça superior). Satã era substituído pela degeneração e o que se impunha era a neutralização dos degenerados inferiores, evitando, se possível, sua reprodução mediante a esterilização e a eugenia.

Como consequência dessa compreensão etiológica do crime afluíam concepções que buscavam justificar, em paralelo às teorias científicas de seleção natural, a necessidade de o Estado promover a seleção social pela eliminação/exclusão dos indivíduos não adaptados, promovendo uma melhoria geral de toda a sociedade, como aponta Zaffaroni (2007. pp. 93-94):

Como bom seguidor de Spencer, Garofalo afirmava que a sociedade devia produzir algo equivalente à seleção natural de Darwin e, por conseguinte, os inimigos deviam ser eliminados, pois, “mediante uma matança no campo de batalha a nação se defende de seus inimigos externos; mediante uma execução capital, de seus inimigos internos”. Sua definição de inimigo era brutalmente etnocentrista e racista, pois pretendia reconhecê-lo mediante a *recta ratio* destes povos civilizados, das raças superiores da humanidade, exceção feita às tribos degeneradas que representam na espécie humana, uma anomalia semelhante à que os malfeitores representam na sociedade”.

Na distopia dessas explicações biológicas da criminalidade, os inimigos não se limitavam aos autores de crimes graves, mas também incluíam toda sorte de personagens sociais indesejados (pequenos ladrões, prostitutas, homossexuais, bêbados, vagabundos, jogadores, etc.), caracterizados como classes perigosas, penalmente responsáveis pela

condução da própria vida, como descritas por Franz Von Liszt em passagens diretamente referidas por Zaffaroni:

Os casos de enfermidade social que costumam ser designados sinteticamente pela denominação genérica de proletariado, mendigos e vagabundos, alcoólatras e pessoas de ambos os sexos que exercem a prostituição, vigaristas e pessoas do submundo no mais amplo sentido da palavra, degenerados espirituais e corporais. Todos eles formam o exército dos inimigos por princípio da ordem social, em cujo estado-maior figura o delinquente habitual. (VON LITSZ, apud ZAFFARONI, 2007, p.95)

O especial perigo da definição ôntica do inimigo, como ser natural portador de características físicas conhecidas e reconhecíveis, se localiza na consequente conclusão da existência de relação de causalidade natural ou genética da disposição à prática de crimes a legitimar o extermínio físico dos seus portadores. Não por acaso, as concepções positivistas à moda de Garofalo e Von Liszt deram suporte às medidas de extermínio genocida no período da Grande Guerra:

A periculosidade e seu ente portador (o perigoso) ou inimigo onticamente reconhecível, provenientes da melhor tradição positivista e mais precisamente garofaliana, cedo ou tarde, devido à sua segurança individualizadora, termina na supressão física dos inimigos. O desenvolvimento coerente do perigosismo, mais cedo ou mais tarde, acaba no campo de concentração.

Este destino inevitável da periculosidade positivista foi teorizado legitimando o abandono radical de toda prudência no tratamento diferencial dado ao inimigo ou estranho pelo direito penal dos tempos do nacional-socialismo. (ZAFFARONI, 2007, p. 104)

No século XX, em diversos países da América Latina, o poder punitivo ganhou função proeminente nas ditaduras militares, com apelo à doutrina da soberania nacional, quando a repressão passa a ser exercida através de dois distintos sistemas penais paralelos, um, formal, praticado pelos tribunais ordinários e outro, subterrâneo, informal e exercido pela pura coerção em face dos dissidentes:

Um sistema penal paralelo que os eliminava mediante detenções administrativas ilimitadas (invocando estados de sítio, de emergência ou de guerra que duravam anos) e um sistema penal subterrâneo, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal. A despeito de terem exercido um poder punitivo ilimitado, pervertido as medidas de exceção das Constituições, imposto milhares de penas sem processo e submetido civis a tribunais e comissões militares, o caráter diferencial desses regimes foi a montagem do mencionado sistema penal subterrâneo sem precedentes quanto à crueldade, complexidade, calculadíssima planificação e execução, cuja analogia com a solução final é inegável. Mediante esse aparato, foram cometidos milhares de homicídios, desaparecimentos forçados, torturas, suplícios, seqüestros, crimes sexuais, violações de domicílios, danos e incêndios, intimidações, roubos, extorsões,

alterações de estado civil, etc., sem nenhuma base normativa, inclusive dentro da sua própria ordem *de facto*. (ZAFFARONI, 2007, p. 51).

A doutrina da soberania nacional se baseava na existência da ameaça comunista, considerada infiltrada em diversos países periféricos para arrebatá-los o comando do Poder na disputa intensa e polarizada da Guerra Fria das duas grandes potências mundiais, os Estados Unidos da América e a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Zaffaroni aponta que, à medida que a abertura política das principais potências socialistas avançava até a queda do muro de Berlim, surgia a necessidade de determinação de um novo candidato para o papel do inimigo, a fim de “justificar a alucinação de uma nova guerra e manter níveis repressivos elevados. Para isso reforçou-se a guerra contra as drogas”, que assestava baterias contra a figura do traficante de drogas:

Nos anos 80 do século passado, toda a região sancionou leis antidrogas muito parecidas, em geral por pressão da agência estadunidense especializada, configurando uma legislação penal de exceção análoga à que antes havia sido empregada contra o terrorismo e a subversão. Estas leis, que em sua maioria permanecem em vigor, violaram o princípio da legalidade, multiplicaram verbos conforme a técnica legislativa norte-americana, associaram participação e autoria, tentativa, preparação e consumação, desconhecaram o princípio da ofensividade, violaram a autonomia moral da pessoa, apenaram enfermos e tóxico-dependentes, etc. No âmbito processual, foram criados tribunais especiais, introduzidos elementos inquisitoriais como o prêmio ao delator, a valorização do espião, do agente provocador, das testemunhas anônimas, dos juízes e fiscais anônimos, etc. Estabeleceu-se uma aberrante legislação penal autoritária, que poucos se animaram a denunciar, ameaçados de ser acusados de partícipes e encobridores do narcotráfico ou de ser presos, ao melhor estilo inquisitorial, o que aconteceu inclusive com magistrados, fiscais e acadêmicos. (ZAFFARONI, 2007, p. 52)

A redemocratização dos países da América Latina (democracias de transição), assim, aceitou o legado do velho paradigma, entretanto sem dispor de inimigo simbólico bem definido, sobretudo após a queda do Muro de Berlim, ícone universal e última trincheira da Guerra Fria e da polaridade ideológica mundial entre Estados Unidos da América e a União Soviética, que fundava as premissas da doutrina da segurança nacional.

À falta de inimigo real ou simbólico, registra-se que, a partir da década de 1980, estabeleceu-se nova frente de batalha com a proclamação da Guerra às Drogas pelos Estados Unidos da América, no governo do Presidente Ronald Reagan, mesmo diante de quadro estatístico que mostrava que em 1983, o consumo de drogas ilícitas naquele país apresentava índice decrescente desde os anos de 1977-1979 (WACQUANT, 2003, p. 115), política



repressiva que levou ao encarceramento em massa de cidadãos americanos nas duas décadas seguintes, com especial incremento da seletividade racial e social dos condenados.

A esse respeito, WACQUANT fornece dados seguros da análise da política repressiva de combate às drogas na sociedade norte-americana (2003, p. 116):

(...) em 1975, um em quatro detentos em prisão federal estava preso por violar a legislação sobre entorpecentes; vinte anos mais tarde, esta taxa atingia 61%. (...) Um indicador da disparidade racial: a diferença entre as taxas de detenção de negros e brancos por delitos ligados à droga era de dois para um em 1975; 15 anos depois, ela havia disparado, chegando a 5 para um, muito embora a propensão relativa de negros e brancos de usarem droga não tenha mudado.

Nesse contexto analítico, Wacquant enxerga a superação, a partir da década de 1980 nos Estados Unidos da América, do modelo de tímido Estado social pelo Estado Penal, com sensível redução de políticas públicas de moradia, saneamento, emprego, renda, saúde e educação, pela política repressiva de encarceramento e controle penal posterior à libertação, baseados na empregabilidade precária de mão de obra, com a dissolução do vínculo de emprego formal, na base da orientação neoliberal (2003, p. 32):

A regulação das classes populares, levada adiante por aquilo que Pierre Bourdieu chama de “a mão esquerda” do Estado – a que protege e melhora as oportunidades de vida, e é representada pelo direito ao trabalho, à educação, à saúde, à assistência social e à moradia pública – é suplantada (nos Estados Unidos) e suplementada (na União Européia) pela regulação da sua “mão direita”, a que administra a polícia, a justiça e a prisão, cada vez mais ativa e interveniente nas áreas subalternas do espaço social e urbano. E logicamente, a prisão retorna ao primeiro plano da cena societal, muito embora os mais eminentes especialistas da questão penal tivessem sido unânimes em prever, há apenas 30 anos, o seu declínio e mesmo o seu desaparecimento.

Há de se apontar ainda que o modelo do Estado de Bem-Estar (Welfare) não chegou a se configurar em razoável extensão na história recente do Brasil que, nessa perspectiva, poderia ser classificado, ainda segundo a tipologia de Wacquant, como Estado Caritativo, aquele no qual as políticas públicas se desenvolveram de forma fragmentária e descontínua, sem alcance universal e, em sua precariedade, animadas não pelo sentimento de solidariedade que conduz à integração social, mas elaboradas como exercício de piedosa compaixão (WACQUANT, 2003, p.86)

Dessas premissas é possível reconduzir o legado do paradigma repressivo à tradicional noção militarizada de segurança pública segundo a lógica do combate ao inimigo interno vinda de tempos de recente ditadura militar, associada ao absoluto desconhecimento da

atuação estatal voltada à promoção de bem-estar por meio da adoção eficaz de políticas públicas.

Esse perfil repressivo, de sua parte, abre o flanco para discursos desamparados de qualquer cientificidade, mas repetidos em manchetes e entrevistas dos ‘especialistas de plantão’, que propugnam reforço do programa punitivo, endurecimento dos sistemas de execução penal, aumento de penas, aprisionamento imediato e automático a reboque da suspeita ou acusação, que notavelmente caracterizam as legislações feitas ‘sob demanda’, geralmente em momentos de comoção diante de algum crime de peculiar crueldade.

Zaffaroni, entretanto, aponta que essa estratégia de substituição do inimigo simbólico não obteve sucesso, resultando apenas no abarrotamento das prisões por consumidores de drogas e mulheres transportadoras (mulas), sujeitos que, de todo modo, não representavam com maestria o papel que lhes fora atribuído de inimigos públicos. Pior: apresentavam-se como pessoas debilitadas de frágil condição física e sem o vigor esperado da figura perigosa do *hostis*.

No século XX, o fenômeno da globalização se firma como resultado da revolução comunicacional, que atingiu proporções mundiais em vista dos meios tecnológicos de rápida e eficaz propagação. Propaga-se discurso único de fácil assimilação, de viés publicitário e características autoritárias, antiliberais que estimula o exercício de um poder punitivo mais repressivo e discriminatório e vende a impunidade e a fraqueza das agências penais como a razão da insegurança e do medo.

O que especialmente caracteriza o novo discurso punitivo é o manejo de técnicas *völkisch* no processo de formação identitária e simbólica do inimigo, de modo que toda a sua identificação se baseia em mitos, alguns muito antigos – como os raciais ou de sangue – outros mais nacionalistas ou étnicos:

A técnica *völkisch* (ou popularesca) consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez. Ao analisarmos o nazismo, chamou-se a atenção para esta técnica, assim batizada especialmente porque está intimamente vinculada ao discurso que privilegia no teórico a pretensa democracia plebiscitária, antecipada por Weber e apoiada por Carl Schmitt, associada a seu conceito decisionista do político, baseado na distinção amigo/inimigo, explicitada neste período (2007, p. 58)

O capitalismo globalizado, onde os meios produtivos são administrados de modo obsessivo por tecnocratas de conglomerados financeiros, ávidos por fazer dinheiro e

pressionados por obter o maior lucro possível no menor tempo, não raro atravessam as fronteiras da delinquência econômica. A defesa desse liberalismo econômico repaginado deu ensejo à edição de vasta legislação penal e instrumentos internacionais de coloração e matizes inquisitoriais (espiões, delatores, procedimentos secretos, etc.) para enfrentamento de um *pseudoconceito* do crime organizado (2007, p. 63), que, todavia, pela sua enorme difusão conceitual também não conferiu substância ao papel do inimigo.

### 3.3. O CRIMINOSO E O TERRORISTA: O SÍMBOLO DO INIMIGO INTERNO.

O novo inimigo estava por ressurgir das cinzas do maior ataque terrorista praticado contra os Estados Unidos da América, e que atingiu profundamente a auto-estima do poderoso país ocidental, sendo imediatamente televisionado e assistido em tempo real por bilhões de pessoas.

No dia 11 de setembro de 2001, a magnitude do evento terrorista do ataque às Torres Gêmeas do World Trade Center em Nova York, o discurso penal punitivista se encontra com um inimigo de certa substância no Terrorismo que, de imediato, resultou na pronta edição de legislação penal emergencial – *Patriot Act* – e a deflagração de uma guerra preventiva e unilateral contra o Iraque, em que Zaffaroni percebe a nítida equiparação do poder bélico e do poder punitivo no combate ao inimigo (2007, p. 65-66):

Este autoritarismo estranho à tradição norte-americana assinala uma deterioração cultural, não política, em sua sociedade, um perigoso abandono dos princípios fundadores da democracia. Caracteriza-se pelo desespero em conseguir um inimigo que preencha o vazio deixado pela implosão soviética. A multiplicidade de candidatos a esse posto, a insuficiência da droga como elemento galvanizador de rejeição coletiva e a excessiva abstração do conceito de crime organizado inviabilizam a individualização de inimigos dignos de crédito, que vão bem além do delinquente de rua. A carência de juízos prévios a partir dos quais seria possível fabricar um novo inimigo só pode ser compensada por um fato aterrador e, para este efeito, o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um inimigo crível. A partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa idéia de terrorismo, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidades muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes.

A democracia – como sistema político e ideológico – irrompe as fronteiras do século XXI ainda como objeto de confrontos abertos, não limitados ao plano teórico das idéias em

debate, mas sob o flanco da violência aberta do terrorismo contra os seus países centrais. A resposta a esses ataques tem movido juristas e cientistas políticos a desenvolverem mecanismos aptos à defesa da ordem democrática. O perigo desponta: como impedir que a adoção de tais mecanismos implique, *per se*, a derrocada do próprio modelo democrático, na medida em que reconduza o regime de governo a um patamar de contornos autocráticos?

Percebe-se que, diante dessa dificuldade teórica essencial, o claro movimento de determinação de normas no âmbito do Direito Internacional, que se possam invocar para dar regulamento aos atos praticados em oportunidades emergenciais, como se pode indicar, no caso específico do terrorismo, a previsão constante da Convenção Interamericana contra o Terrorismo<sup>21</sup> (OEA, 2002).

Na referida convenção restou estabelecido que as medidas de combate ao terrorismo devem ser levadas a cabo com pleno respeito ao Estado de Direito, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais (cláusula 15.1), observância as normas de direito internacional humanitário (15.2), e, ainda, procura assegurar às pessoas detidas, um tratamento justo, inclusive o gozo de todos os direitos e garantias em conformidade com a legislação do Estado em cujo território se encontre e com as disposições pertinentes do direito internacional (15.3).

Essas previsões normativas, entretanto, carecem de imperatividade necessária aos Estados Nacionais, que preservam no âmbito de sua soberania, de soberania e autonomia no trato das questões internas, constituindo-se, somente, declarações de valores humanos e universais, sem caráter vinculante e impositivo, servindo-se, antes, como contraponto discursivo de observação das ações governamentais de prevenção e repressão ao terrorismo.

### 3.4. O DIREITO PENAL DO INIMIGO – A PROPOSTA DE GUNTHER JAKOBS.

A proposta de Günther Jakobs de criação do Direito Penal do Inimigo ganha elevada importância, sobretudo a partir dos ataques praticados em 11 de setembro de 2001, na cidade norte-americana de Nova York, e em 11 de maio de 2004, na cidade espanhola de Madri. O pânico promovido pela magnitude dos ataques terroristas inflama o discurso neopunitivista que enxerga nas garantias e direitos liberais clássicos do Direito Penal a barreira para a eficaz repressão e cautelosa prevenção de novos ataques.

---

<sup>21</sup> CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O TERRORISMO, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002 e aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 890, de 01º de setembro de 2005 e pelo Presidente da República, por meio do Decreto n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005

É perceptível também a adoção de legislações de emergência em países centrais, especialmente na América do Norte e na Europa, o que também serve como fator de influência para o Direito Penal praticados nos países periféricos.

Desse modo, torna-se imprescindível a revisão literária que examine em profundidade das bases teóricas dessa proposta, para avaliar a sua compatibilidade com o modelo político de Estado de Direito e, quiça, para deixar-lhe expostas as fraquezas e contradições.

A expressão Direito Penal do Inimigo é utilizada em contraposição ao Direito Penal do cidadão, visando constituir setor de aplicação de pena (ou medida de coação), com afastamento das garantias penais e processuais clássicas albergadas no Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, o Direito Penal do Inimigo oferece proposta de racionalização a legitimar a aplicação de medidas de coação contra seres humanos sem o obstáculo das liberdades clássicas, o que, entretanto, seria reservado somente a casos excepcionais, preservando-se a plena eficácia das garantias constitucionais como regra.

Para Jakobs, a pena apresenta dois distintos perfis, a pena-comunicação e a pena-neutralização. A perspectiva comunicativa da pena é a de restauração da vigência da norma, enquanto expectativa de comportamento, malferida pelo ato criminoso que lhe fora contrária:

A pena é coação; é coação – aqui só será abordada de maneira setorial – de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora, da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como o a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato (JAKOBS, 2009, p. 22)

Assim, a teoria inicialmente se mostra perfilada à prevenção geral positiva da pena, porque lhe credita, nessa medida, o caráter de estímulo aos valores normativos. Todavia, em outra perspectiva, enxerga a finalidade eminente de coação, onde a pena também apresentaria a finalidade de neutralizar perigos futuros (riscos):

[...] Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Isto talvez se perceba, com especial clareza, quando se passa do efeito de segurança da pena privativa de liberdade à custódia de

segurança, enquanto medida de segurança (§ 61 núm. 3, § 66 StGB<sup>22</sup>): nesse caso, a perspectiva não só contempla retrospectivamente o fato passado que deve ser submetido a juízo, mas também se dirige – e sobretudo – para frente, ao futuro, no qual uma ‘tendência a [cometer] fatos delitivos de considerável gravidade’ poderia ter efeitos perigosos para a generalidade (§ 66, parágrafo 1º, num. 3 StGB). (JAKOBS, 2009, p. 22-23)

A partir dessa dupla face da coação estatal, Jakobs procura justificar a neutralização de indivíduos perigosos, contra quem a forma de atuar seria a medida de segurança fisicamente efetiva.

Jakobs conceitua o Direito como o vínculo entre pessoas, titulares de direitos e deveres, conceito que, entretanto, não abrangeria a relação do Estado com seus inimigos que, ao contrário, reclamariam o emprego da coação pura destinada à sua neutralização.

Com fundamento em sua peculiar leitura dos autores clássicos de matiz contratualistas, Jakobs aponta que o “delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais em uma relação jurídica” (2009, p. 24).

Cita o pensamento de Rosseau e Fitch<sup>23</sup> no sentido da revogabilidade do *status* de pessoa do infrator das regras do Contrato Social. Entretanto, Jakobs deles se afasta, ao considerar que de regra, o criminoso haverá de continuar inserido na ordem jurídica e social, sendo a revogação de seu *status* de pessoa reservado a casos excepcionais:

[...] Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por uma lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato. (JAKOBS, 2009, p. 25-26)

Nessa linha de argumentação, cita o pensamento de Hobbes no sentido da manutenção ordinária do *status* de pessoa ao infrator, cuja revogação se justificaria nos casos de rebelião e

<sup>22</sup> Abreviatura da denominação do atual Código Penal alemão.

<sup>23</sup> Mesmo que transborde os limites objetivos da presente pesquisa, não excede referir a profunda crítica de ZAFFARONI quanto à peculiar invocação dos pensadores clássicos feitas por JAKOBS que, após aprofundado exame, pode ser resumido no seguinte parágrafo: “Em síntese, a confrontação de Rousseau e Fitch com Hobbes e Kant não é apenas completamente original, como tampouco é correto que Rosseau e Fitch pretendessem excluir todos os infratores do contrato ou considerá-los todos como hostis ou inimigos. Na verdade, eles praticamente reduziam essa categoria aos assassinos e traidores e, ainda assim, com matizes consideráveis” (2007, p. 124)

alta traição, implicando em recaída no estado de natureza, cujo resultado é o castigo não na qualidade de súditos, mas como inimigos (2009, p. 28-29):

[...] O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. Esta coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isso em dada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.

Jakobs adota uma perspectiva eminentemente funcionalista do Direito, em que se vindica que a norma jurídica deva traduzir uma expectativa real e factível de comportamento (segurança cognitiva), e sua vigência não se mantém de maneira completamente contrafática (2009, p. 32):

Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-las; Ao menos nos caos das normas de certo peso, nas quais se pode esperar a fidelidade à norma, necessita-se de certa confirmação cognitiva para converter-se em real. Um exemplo extremo: quando é séria a possibilidade de ser lesionado, de ser vítima de um roubo ou talvez, inclusive, de homicídio, em um determinado parque, a certeza de estar, em todo caso, em meu direito, não me fará entrar nesse parque sem necessidade. Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte em uma promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida.

Assim, do mesmo modo, também a personalidade – enquanto atributo conferido (ou negado) pelo Direito – demandaria a contrapartida de certa margem de segurança cognitiva: “O mesmo ocorre com a personalidade do autor de um fato delitivo: tampouco esta pode se manter de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva”, como nos casos em que a legislação promove uma verdadeira luta, como, por exemplo, “no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas” em que o indivíduo “se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não

proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa” (JAKOBS, 2009, p. 33-34).

Em casos tais, admite que a reação jurídica a tais comportamentos “não se trata da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos” (JAKOBS, 2009, p. 34)

Jakobs também aponta que as restrições de garantias não deve se limitar ao plano do direito material, mas também atinge aquelas de caráter processual, visto que a noção de sujeito processual é restrita a quem possa ser considerado como pessoa (2009, p. 35):

Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinquente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostra no caso de autor por tendência. Isso está imbricado em uma organização – a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e por isso persegue a destruição dessa ordem.

Assim, garantias clássicas como “o direito à tutela judicial, o direito a solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios e, especialmente, a não se enganado, coagido e nem submetido a determinadas tentações” (JAKOBS, 2009, p. 38), previstos no § 136, do Código de Processo Penal alemão não deveriam prevalecer no tratamento do inimigo, contra quem nem mesmo se poderia assegurar o direito a um processo judicial próprio, mas, ao contrário, um procedimento sumário de guerra:

De novo, como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas. Neste contexto, por bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com seu defensor, evitando-se riscos para a vida, a integridade física ou a liberdade de uma pessoa (§§ 31 e ss. EGGVG). Agora, este somente é um caso extremo, regulado pelo Direito positivo. O que pode suceder, a margem de um processo penal ordenado, é conhecido em todo o mundo desde os fatos de 11 de setembro de 2001: em um procedimento em que a falta de uma separação do Executivo, com toda certeza não pode denominar-se um processo judicial próprio, mas sim, perfeitamente, pode chamar-se um procedimento de guerra. (2009, p. 38-39)



Com essas considerações, Jakobs (2009, p. 40) insiste que a personalidade, “como construção exclusivamente normativa, e irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial” e, portanto, “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo como pessoa, já que, do contrário, vulneraria o direito à segurança das demais pessoas

Nesse sentido, o tratamento diferenciado ao inimigo não seria somente aconselhável, mas decorreria da observância da norma constitucional que impõe a garantia de segurança de toda a sociedade e, além disso, Jakobs defende que a definição desse setor de atuação contaria em favor do próprio Estado de Direito que, assim, não estaria contaminado de medidas dessa gravidade no âmbito do Direito Penal do cidadão.

Assim, Jakobs apresenta o receio de que as medidas emergenciais venham mesmo a implicar na derrocada do sistema de garantias penais e processuais instituídas no Estado de Direito, pois a não se permitir seu afastamento restrito aos casos mais graves (inimigo), haveria uma tendência a admiti-las em todos os casos, abandonando a sua excepcionalidade para tornar-se regra para todos os casos.

Jakobs não admite que a invocação da universalidade dos Direitos Humanos, enquanto ordem mínima juridicamente vinculante pudesse desautorizar a cassação da personalidade dos indivíduos perigosos, visto que tais normas careceriam de efetividade universal, e aponta que (2009, p. 45):

A situação é distinta no que tange à vigência global dos direitos humanos. Não se pode afirmar, de nenhum modo, que exista um estado real de vigência do Direito, mas tão-só um postulado de realização. Este postulado por estar perfeitamente fundamentado, mas isso não implica que esteja realizado, do mesmo modo que uma pretensão jurídico-civil não se encontra realizada só porque está bem fundamentada.

Estabelecida, portanto, a sua premissa essencial de possibilidade de despersonalização dos inimigos e de seu tratamento coercitivo livre das contenções instituídas pelas garantias penais e processuais, Jakobs questiona, de modo semelhante ao problema levantado por ACKERMAN: É Possível conduzir uma guerra com os instrumentos do Direito Penal de um Estado de Direito?,

E a resposta de Jakobs se apresenta na forma de argumentos favoráveis à legítima criação de um setor destacado do poder punitivo – o Direito penal do inimigo – destacado e

necessário à atuação ilimitado do Estado frente aos riscos de elevada magnitude, especialmente, em face de ameaças e ataques terroristas.

Nessas hipóteses, aponta como legítima e necessária a custódia de segurança daqueles contra quem pesem indícios de participação em organizações terroristas (ou, de outro modo, se distanciem permanentemente da segurança cognitiva de cumprimento da ordem jurídica, contra quem inclusive seria legítimo o emprego de métodos de interrogatório, mais rigorosos que os limites impostos pela garantia legal, sugerindo a possibilidade de emprego da tortura.

Para tanto, utiliza-se da analogia com a autorização legal dada ao abate de aeronaves, “que pretenda ser usada para atentar contra vidas humanas”, hipótese em que identifica a despersonalização dos passageiros da aeronave abatida, “pois são privadas de seu direito à vida em favor de outros” (2009, p. 65). E arremata:

Portanto, se o Estado, em caso de extrema necessidade, inclusive frente a seus cidadãos que são responsáveis por ela, não conhece tabu algum, mas sim faz o necessário, menos ainda poderão ser impostos tabus no âmbito das medidas para se evitar essa extrema necessidade dirigida contra terroristas. Em outras palavras, contra aqueles que geram a situação de necessidade, ao menos dentro do necessário: esta é a força sistemática explosiva do preceito. Na prática isso conduzirá a que aqueles terroristas cuja intervenção, ao menos no planejamento, tenha ficado comprovada, serão obrigados a revelar grandes riscos, inclusive além dos limites traçados pelo § 136 do StPO<sup>24</sup>. E mais do que isso: devem ser obrigados, tendo em vista que o Estado, em virtude de seu dever de proteção, não deve renunciar a nenhum instrumento cuja aplicação seja lícita e esteja racionalmente indicada. Para isso, certamente se desfazem os limites entre a persecução penal e a defesa frente a riscos. [...] (JAKOBS, 2009, p. 66)

Na trilha dessas considerações, JAKOBS reafirma que a punição do terrorista mesmo em estágio prévio à produção de qualquer lesão (efeito retrospectivo da intervenção penal), ou mesmo a admissão de seu “duro interrogatório”, são medidas que se colocam fora do Estado de direito:

[...] Ambas as medidas pertencem ao direito de exceção, da mesma maneira que foi criada a incomunicação (rectius: incomunicabilidade) como Direito de exceção, a princípio, inclusive, *praeter legem*, o que, além de tudo, mostra que o Estado não pode fugir do dilema renunciando a regulamentação: a exceção se produzirá de qualquer maneira, mesmo sem a sua intervenção, e logo aparecerá o Direito que se adapte a ela. (2009, p. 69)

Assim, invocando a necessidade e o poder soberano de decidir sobre a exceção, Jakobs responde à questão inicialmente formulada, aduzindo que um Estado de Direito que não

<sup>24</sup> Abreviatura da denominação do atual Código de Processo Penal alemão.

admita a despersonalização dos seus inimigos não reunirá condições de conduzir a guerra, justa e necessária: “Na prática, as coisas são diferentes no Estado de Direito ótimo, e isso lhe dá a possibilidade de não ser atingido por ataques de seus inimigos” (2009, p. 70)

Como se verifica, é central sobre o poder de decisão política – equiparada à própria essência da atividade política e ao exercício da soberania -, consistente em designar o inimigo e contra ele acionar o exercício da coerção estatal, bem como ao uso desmedido e injustificável da invocação de emergências para pôr abaixo os limites de contenção do poder punitivo das garantias penais.

### **3.4.1. A crítica de CANCIO MELIÁ.**

A proposta de Jakobs é submetida a intenso exame crítico pela doutrina penalista moderna, onde ganham relevo as considerações de Cancio Meliá (2009), na medida em que procura estabelecer um diálogo teórico com o pensamento de base do funcionalismo sistêmico (novamente: “Direito Penal” do inimigo).

A posição de Cancio Meliá, todavia, se apresenta de modo mais cético em relação às possibilidades de um Direito Penal do inimigo que nada mais seria é o resultado da congruência de dois movimentos observados no Direito Penal nas últimas décadas: O Direito penal simbólico e o neopunitivismo.

Assim, é possível constatar a expansão penal em todo o “mundo ocidental”, que se identifica “[...] no surgimento de múltiplas figuras novas, inclusive, às vezes, do surgimento de setores inteiros de regulação, acompanhada de uma atividade de reforma de tipos penais já existentes, realizado a um ritmo muito superior ao de épocas anteriores” (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 76)

Além da inflação de normas, esse movimento expansivo também apresenta tipos penais com novas características que:

[...] vistos desde a perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipótese de criminalização no estado prévio, a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas. Resumindo: na evolução atual, tanto do Direito Penal material, como do Direito Penal processual, pode constatar-se tendências que, em seu conjunto, fazem aparecer no horizonte político criminal os traços de um Direito Penal da colocação em risco, de características antiliberais. (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 76)

Aponta, em seguida, os dois fenômenos expansivos: Direito penal simbólico e o ressurgir do punitivismo: “Ambas as linhas de evolução, a simbólica e a punitivista [...] constituem a linhagem do Direito Penal do inimigo”. O Direito Penal simbólico se refere aos constatados fenômenos de neocriminalização a respeito dos quais se afirma, criticamente, que tão só cumprem efeitos meramente simbólicos, sobre o qual anota CANCIO MELIÁ:

Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito Penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão só perseguem o objeto de dar a “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”, isto é, que predomina uma função latente sobre a manifesta, ou dito em uma nova formulação, que há uma discrepância entre os objetivos invocados pelo legislador – e os agentes políticos que conformam as maiorias deste – a “agenda real”, oculta sob aquelas declarações expressas.

Na “parte especial” desde direito penal simbólico corresponde especial relevância – por mencionar somente este exemplo -, em diversos setores de regulação, a certos tipos penas nos quais se criminalizam meros atos de comunicação, como, por exemplo, os delitos de instigação ao ódio racial ou os de exaltação ou justificação de autores de determinados delitos. Um exame desta “Parte Especial” indica com toda claridade que o Direito Penal simbólico não só implica uma colocação em cena por parte de determinados agentes políticos, mas que, ademais, de certo modo é também a sociedade em seu conjunto a que leva a cabo uma (auto) representação: “nós não somos assim!” Um exorcismo: “o racismo não faz parte desta sociedade!” (isto fica “provado”, de fato, por uma determinada criminalização; independentemente de que seja, talvez, completamente inadequada para atingir um nível de aplicação razoável). Entretanto, em todo caso, posto que o certo e evidente é que as coisas são justamente ao contrário, em tais casos não se confirma uma determinada identidade social, mas que esta se pretende construir mediante o Direito Penal. (2009, pp. 79-80)

Nessa inovadora função simbólica, portanto, grande parte das normas penais incriminadoras não teria por finalidade a sua eficácia concreta, ou seja, não se destinaria à punição de casos reais, mas sim a função equivalente a uma declaração de propósitos através do qual a sociedade também forma a sua identidade social.

Esse processo de formação da identidade social opera, em sua faceta contrária, a construção simbólica do excluído, aquele que reúna características distintas dos padrões compartilhados no seio da sociedade e consolidados na mensagem normativa e que, como estranho, merece ser tratado como inimigo.

A partir da conceituação desses fenômenos Cancio Meliá aponta que ambos não são, na realidade, suscetíveis de ser separados e, em verdade, se fundem em processos de entrelaçamento que acabam por construir uma imagem da identidade social (2009, p. 88):

Dito com toda brevidade: O Direito Penal simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou: sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal – deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos – persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como “outros”, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do “outro”. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A seguir, pode ser examinado o que surge de sua união: o Direito Penal do inimigo

O ressurgir do punitivismo, em complemento, se apresenta também pela “introdução de normas penais novas com a intenção de promover a sua efetiva aplicação, com toda a decisão, isto é, processos que conduzem a normas penais novas que sim são aplicadas ou se verifica o endurecimento das penas para normas já existentes” (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 81).

Objeto de especial interesse se apura na observação do processo expansionista da legislação penal, se produz, de modo inovador, com coordenadas políticas distintas à distribuição de funções tradicionais que poderiam resumir-se na seguinte fórmula: esquerda política – demandas de descriminalização/direita política - demandas de criminalização:

No que tange à esquerda política, é chamativa a mudança de atitude: de uma linha – de forma simples, é fato – que identificava a criminalização de determinadas condutas como mecanismos de repressão para a manutenção do sistema econômico-político de dominação, a uma linha que descobre as pretensões de neocriminalização, especificamente de esquerda: delitos de discriminação, delitos nos quais as vítimas são mulheres maltratadas, etc. (2009, p. 83)

Desse modo, entende Cancio Meliá (2009, p. 90) que o conceito Direito Penal do inimigo se presta para identificar o espaço de absoluta negação do Direito Penal, onde se verificam três características essenciais: i) a aplicação de penas de forma prospectiva, que têm por referência a possibilidade da prática de fato futuro, em contraposição ao Direito penal do fato realmente ocorrido; ii) penas desproporcionalmente elevadas, com irracional equivalência da reprovabilidade de atos preparatórios e atos que atingem o bem jurídico, onde a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir correspondentemente a pena cominada e iii) determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Cancio Meliá, após a descrição dos fenômenos observados que conduzem à identificação do Direito Penal do Inimigo em diversos setores dos ordenamentos jurídico-

penais modernos, questiona a sua legitimidade e passa a, criticamente, apontar as suas carências e contradições, ao menos enquanto proposta teórica (2009, pp. 96-98):

Em primeiro lugar, ainda sem leva a cabo um estudo de materiais científicos relativos à psicologia social, parece claro que em todos os campos importantes do Direito Penal do inimigo (cartéis da droga, criminalidade referente à imigração, outras formas de criminalidade organizada e terrorismo) o que sucede não é que se dirijam com prudência e se propaguem com frieza operações de combate, mas que se desenvolve uma cruzada contra malfeitores cruéis. Trata-se, portanto, mais de inimigos no sentido pseudorreligioso que na acepção tradicional-militar do termo. Com efeito, a identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal, por muito que possa parecer, a primeira vista, uma qualificação como outro, não é, na realidade, uma identificação como fonte de perigo, não supõe declará-lo um fenómeno natural a neutralizar, mas, ao contrário, é um reconhecimento de função normativa do agente, mediante a atribuição de perversidade, mediante sua demonização. Que outra coisa não é Lúifer senão um anjo caído? – Vistos desde esta perspectiva o processo simbólico, o elemento decisivo é que se produz uma exclusão de uma determinada categoria de sujeitos do círculo de cidadãos, motivo porque pode afirmar-se que neste âmbito a defesa frente a riscos – que é o denominador essencial da agenda político-criminal explícita – na realidade é o de menos. Neste sentido, a carga genética do punitivismo (a idéia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina coma do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do Inimigo, ou, dito de outro modo, o direito penal do inimigo constitui uma nova fase evolutiva sintética destas duas linhas de desenvolvimento. [...] Em segundo lugar, abre a perspectiva para uma segunda característica estrutural: não é (somente) um determinado fato o que está na base da tipificação penal, mas também outros elementos, sempre que sirvam à caracterização do autor como pertencente à categoria dos inimigos. De modo correspondente, no plano técnico, o mandato de determinação derivado do princípio da legalidade e suas complexidades já não são um ponto de referência essencial para a tipificação penal

Nessa mesma linha de análise, enfrenta negativamente a questão sobre se devesse ser aceito o Direito Penal do inimigo como inevitável apêndice do Direito Penal moderno, preocupado em gerenciar os riscos, através de três perspectivas críticas: a primeira, pelo recurso a “pressupostos de legitimidade mais ou menos externos ao sistema jurídico-penal, no sentido estrito: não deve haver Direito Penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou inconstitucional)”, e a segunda dentro do paradigma de segurança ou efetividade, em que é possível aferir que, no plano empírico, que “o Direito Penal do inimigo não deve ser porque não contribui à prevenção policial-fática de delitos” (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 98-99).

Entretanto, dedica-se em maior profundidade em examinar a terceira perspectiva crítica, em que o Direito Penal do inimigo sequer pode integrar conceitualmente, o Direito Penal, visto que: “o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral

positiva), mas demoniza (igual: exclui) a determinados grupos de infratores e, em consequência [...] não é um Direito Penal do fato, mas do autor” (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 101).

Assim, inicialmente, seria possível verificar que o Direito Penal do inimigo configura reação internamente disfuncional. Para tanto, há de se verificar que o seu fundamento de justificação é o rigoroso enfrentamento de perigos que ponham em xeque a própria existência da sociedade e do Estado. No entanto, ignora-se que “a percepção dos riscos – como é sabido em sociologia – é uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças” (2009, p. 102-103):

Os fenômenos frente aos quais reage o Direito penal do inimigo não têm esta especial “periculosidade terminal” (para a sociedade), como se apregoa deles, e como antes se expôs, na realidade o Direito penal do inimigo, faticamente existente, não é um mecanismo defensivista. Ao menos entre os “candidatos” a “inimigos” das sociedades ocidentais, não parece que possa-se apreciar que haja algum – nem a criminalidade organizada, nem as máfias das drogas, e tampouco o ETA – que realmente possa pôr em xeque – nos termos militares que se afirmam – os parâmetros fundamentais das sociedades correspondentes em um futuro previsível. Isto é especialmente claro quando se compara a dimensão meramente numérica das lesões de bens jurídicos pessoais experimentadas por tais condutas delitivas com outro tipo de infrações criminais que se cometem de modo massivo e que entram, em troca, plenamente dentro da normalidade.

Cancio Meliá acrescenta que, pela perspectiva da função preventiva positiva da pena defendida pelo próprio Jakobs, no sentido de que a sua aplicação se destina a reafirmar a vigência da norma vilipendiada, as condutas definidas como relativa ao âmbito do inimigo se relacionam com configurações sociais estimadas como essenciais, mas que também são especialmente vulneráveis, para além das lesões a bens jurídicos individuais.

Se isto é assim, quer dizer, se é certo que a característica especial das condutas frente às quais existe ou se reclama “Direito Penal do inimigo” está em que afetam elementos de especial vulnerabilidade na identidade social, a resposta jurídico-penalmente funcional não pode estar na troca de paradigma que supõe o Direito Penal do inimigo. Precisamente, a resposta idônea, no plano simbólico, ao questionamento de uma norma essencial, deve estar na manifestação de normalidade, na negação da excepcionalidade, isto é, na reação de acordo com critérios de proporcionalidade e imputação, os quais estão na base do sistema jurídico-penal “normal”. Assim, se nega ao infrator a capacidade de questionar, precisamente, esses elementos essenciais ameaçados. (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 104)

Cancio Meliá aponta que reconhecer ao infrator a possibilidade de sua auto-exclusão da ordem jurídica pela reiteração de comportamentos divergentes equivale a lhe reconhecer

capacidade normativa, na medida em implicaria no reconhecimento da sua capacidade autônoma de questionar a norma ofendida (2009, p. 106):

[...] É o Estado que decide, mediante seu ordenamento jurídico, quem é cidadão e qual é o status que tal condição comporta: não é possível admitir apostasias do status do cidadão. A maior desautorização que pode corresponder a essa defecção tentada pelo “inimigo” é a reafirmação do sujeito em questão pertencer à cidadania em geral, isto é, a afirmação de que sua infração é um delito, não um ato cometido em uma guerra, seja entre quadrilhas ou contra um Estado pretendidamente opressor.

Portanto, a questão de poder existir Direito Penal do inimigo se resolve negativamente no plano da teoria da pena. Precisamente, da perspectiva de um entendimento da penal e do Direito Penal, com base na prevenção geral positiva, a reação que reconhece excepcionalidade à infração do inimigo, mediante uma troca de paradigma de princípios e regras de responsabilidade penal, é disfuncional, de acordo com o conceito de Direito Penal. [...] O Direito penal do inimigo praticamente reconhece, ao optar por uma reação estruturalmente diversa, excepcional competência normativa (a capacidade de questionar a norma) do infrator. Por isso, de certo modo, enquanto o discurso legitimante do Direito Penal do inimigo positivo na discussão político-criminal parece afirmar que há algo “menos” que o direito penal da culpabilidade (a reação imprescindível, mas serena, sem censura, tecnocrática frente a um risco gravíssimo; uma reação frente a um perigo examinado de modo neutro), na realidade é algo “mais” (a construção de uma categoria de representantes humanos do mal; algo mais grave que ser “simplesmente” culpado). Mediante a demonização de grupos de autores, isto é, através da exclusão do círculo de mortais “normais” que está implícita nestas modalidades de tipificação – uma forma exacerbada de reprovação –, dá inclusive maior ressonância a seus acontecimentos. Dito de outro modo – combinando ambas as perspectivas –, a demonização tem lugar mediante a exclusão (definição como outro: “L’Enfer, C’est les Autres.”

Em outro ponto de observação crítica, também aponta Cancio Meliá que o Direito Penal do inimigo também não se legitima porque incompatível com o princípio clássico do Direito Penal do fato, assim entendido como “aquele princípio genuinamente liberal, de o acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um Direito Penal orientado na atitude interna do autor” (2009, p. 108)

Desse modo, tem-se certo que as alterações legislativas que removem as fronteiras entre a preparação (impunível, de regra) e a tentativa e, de outro lado, entre participação e autoria, evidenciam que “a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os inimigos – mais que na definição de um fato” (CANCIO MELIÁ, 2009, p. 109)



### 3.4.2. A crítica de ZAFFARONI.

A crítica de Zaffaroni ao reconhecimento e admissão de um setor do Direito Penal do inimigo, nos moldes propostos por Jakobs, se dirige contra o seu claro viés autoritário que em última análise acaba por justificar limitações limitar genericamente impostas aos direitos e garantias de toda a sociedade, e não apenas àqueles inimigos que servem de justificativa ou inspiração original do legislador ou soberano.

Assim, aponta que excluídas às hipóteses em que o inimigo público adquire características físicas, revelando-se a encarnação ôntica da hostilidade – como nos casos históricos extremos do movimento colonialista do século XVI e nos Estados totalitários europeus do período Entre-guerras – as medidas emergenciais serão em princípio exercidas contra toda a população:

Quando os destinatários do tratamento diferenciado (os inimigos) são seres humanos não claramente identificáveis *ab initio* (um grupo com características físicas, étnicas e culturais bem diferentes), e sim pessoas misturadas ao e confundidas com o resto da população e que é uma investigação policial ou judicial pode identificar, perguntar por um tratamento diferenciado para eles importa interrogar-se acerca das possibilidades de que o Estado de direito possa limitar as garantias e as liberdades de todos os cidadãos com o objetivo de identificar e conter os inimigos

Isso é assim porque, por exemplo, ao se permitir a investigação das comunicações privadas para individualizar os inimigos, a intimidade de todos os habitantes será afetada, pois esta investigação incluirá as comunicações de milhares de pessoas que não são inimigos. Ao se limitarem as garantias processuais mediante a falta de comunicações, restrições ao direito de defesa, prisões preventivas prolongadas, presunções, admissão de provas extraordinárias, testemunhas sem rosto, magistrados e acusadores anônimos, denúncias anônimas, imputações de co-processados, de arrependidos, de espiões, etc. todos os cidadãos serão colocados sob o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos. (ZAFFARONI, 2007, p. 117-118)

Assim, soa ao menos ingênua a justificativa central invocada para a criação do setor distinto onde a despersonalização e as medidas de neutralização de perigos se dirigiriam somente para o combate dos inimigos, sem considerar, de outro lado, que o próprio uso regular desses poderes seria exercido contra diversos suspeitos, que também sofreriam seus efeitos até o reconhecimento posterior de seu estado de inocência, caso assim conseguisse prová-lo mesmo contra a presunção contrária.

Zaffaroni defende que a aplicação de qualquer medida que desconsidere a personalidade do infrator – mormente as chamadas medidas de contenção, em que a detenção

se prolonga na forma de um *enjaulamento* de um indivíduo considerado daninho ou perigoso – é contrária às determinações do art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas.

Em última medida, também aponta que não se pode deixar de considerar que a incerteza acerca do seu comportamento futuro como justificativa para tratamento do indivíduo como coisa perigosa não se limita com exclusividade àqueles que são direta e primeiramente atingidos, mas, em última medida, implicaria, ao menos enquanto possibilidade, na despersonalização de todos os indivíduos de uma sociedade, visto que em relação a todos eles não se afigura possível obter certeza prévia, plena e absoluta de um comportamento futuro de qualquer pessoa (ZAFFARONI, 2007, p. 20-21):

Não há dúvida de que caminhar por um bosque duzentos anos atrás era diferente do que é hoje. Naquele tempo, a segurança dos outros resumia-se a saber que não mataríamos nem assaltaríamos que cruzasse em nosso caminho; hoje, para proporcionar segurança aos demais e, sobretudo, ao próprio Estado, exige-se de quem anda pelo mundo a precisão de movimento do gato doméstico em meio aos cristais. Devemos prestar a máxima atenção para não esquecermos de registrar nenhum rendimento para não lesar o fisco, nem comprar um cheque em dólares sem declará-lo para não favorecer o tráfico de cocaína, menos ainda para não ter plantas eventualmente alucinógenas no jardim ou comprar livros nas ruas que possam ser vendidos por terroristas.

Precisamos nos mover com mais cuidado e precisão, porque o Estado nos terna, a cada dia, mais garantes daqueles que nós nunca imaginamos que teríamos que garantir. Porém, da mesma forma que em intervenções cirúrgicas complexas, ou na armação de engenhos industriais, os robôs alcançam maior precisão, uma vez que não se distraem, nem se esquecem. Uma sociedade que aspire à segurança com relação à conduta posterior de cada um de nós como valor prioritário, projetada para o futuro até suas últimas conseqüências, aspiraria a converter-se numa sociedade robotizada e, por conseguinte, despersonalizada. Certamente, esta distopia, por sorte é e será falsa, porque a segurança com relação à nossa conduta futura, como se sabe, não é nada além de um pretexto a mais para legitimar o controle social punitivo.

Zaffaroni aponta que a teoria política de Schmitt introduziu o conceito mais profundo e latente de inimizade, indo além das concepções absolutistas sustentadas por Hobbes, na medida em que este ainda admitia a possibilidade de discordância íntima do indivíduo, na parcela da vida privada indevassável e imperscrutável ao Estado, e onde a punibilidade somente se autorizaria em face da exteriorização de comportamento que atentasse contra a comunidade estatal.

Schmitt, de modo mais intenso, consagra a possibilidade de o inimigo se apresentar sem qualquer ato de hostilidade real, mas pela simples impossibilidade de sua coexistência

enquanto estranho ou diferente. Constatada, portanto, a existência de característica inconciliável e, portanto, ainda que restrita à própria consciência do inimigo, habilitaria a atuação política orientada à sua eliminação, razão pela qual Zaffaroni constata que tal teoria chegou ao ápice de negar qualquer possibilidade ou direito de resistência.

Quanto à necessidade da guerra permanente para a concepção política de Schmitt, ao menos enquanto idéia e possibilidade, anota Zaffaroni (2007, p. 139):

Essa conclusão é de transparente coerência, pois se admite a existência de guerra permanente, diferente da guerra extraordinária ou da guerra propriamente dita, da guerra como fim, a função essencial da política não poderia ser outra senão ocupar-se dela. Mais ainda, em Schmitt, guerra e política superpõem-se, porque a guerra é necessária para criar e manter a paz interna, porque exige que todos se unam frente ao inimigo e não lutem entre si. Daí que a teoria da política de Schmitt e, embora sustente a sua famosa polaridade, não se ocupa do amigo nem da amizade, sendo praticamente a teoria do inimigo. A amizade seria só o resultado da união frente ao inimigo, algo assim como a amizade de trincheira.

Essa posição crítica é a que mais abala a estrutura teórica da concepção schmittiana sobre a política, na medida em que deixa exposto que, como teoria política fracassa naquilo que lhe deveria ser mais importante: criar as estruturas conceituais que permitam condições de coexistência e convivência comum dentro de um Estado, o que equivale dizer, qualquer teoria política deveria ser uma teoria sobre a amizade a tolerância, se não fraternal, ao menos respeitosa e possível.

Contra o usual argumento de que as medidas de contenção representariam o legítimo emprego do estado de necessidade, Zaffaroni opõe o fato de que essa justificação não conhece limites, na medida em que esses deveriam ser estabelecidos justamente por que exerce os poderes excepcionais (2007, p. 25):

Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós – nem sequer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal. Com isso, o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizadora, que não é outro senão o de quem exerce o poder.

O conceito mesmo de inimigo introduz de contrabando a dinâmica da guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da

subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites, uma Not que não conhece Gebot.

Tal percepção se torna ainda mais nítida pela análise do exercício do poder punitivo ao longo da História ocidental, onde fica claro que a designação do inimigo tem se demonstrado funcional para aqueles que detém o poder e procuram conservá-lo com apoio da ferramenta mais pesada de todo o ordenamento jurídico, a pena, que passa a administrar contra seus próprios opositores, como anota Zaffaroni (2007, p. 82):

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que aqueles que exercem o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram desse tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício real do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*.

Zaffaroni não nega a existência do perigo causado por ameaças terroristas, entretanto, questiona que tal perigo não pode legitimar a repressão que se exerce em seu nome sobre toda a sociedade, especialmente sobre aqueles considerados estranhos ou diferentes. Ademais, enquanto o terrorista está identificado como alvo preferencial das forças repressivas nos Estados Unidos da América, na Europa, após a queda do muro de Berlim é fácil perceber que o incômodo é causado pelos imigrantes, que “competem pelos mesmos espaços de moradia, de serviços sanitários, de transporte, de assistência social e educativos utilizados pelas camadas inferiores da população estabelecida” (2007, p. 67)

Em qualquer lugar e em todos os tempos, desde Roma até a atualidade, o imigrante é um forte candidato a inimigo, o que se torna especialmente arriscado numa época de revolução comunicacional, que facilita e promove os deslocamentos como nunca antes, num planeta onde as expectativas de vida entre os países diferem de forma alarmante e a necessidade de sobreviver torna-se o motor das migrações em massa, num tempo em que a globalização promoveu a livre circulação de capitais e mercadorias, mas não a de seres humanos. Deste modo, os capitais podem produzir onde os custos salariais sejam menores, mas os trabalhadores ficam presos nos territórios de seus países, sem possibilidade alguma de oferecer sua força de trabalho onde haja demanda e os salários sejam altos.

Aliás, o próprio argumento do período crítico deveria recomendar o caminho oposto á suspensão de garantias fundamentais, pois é justamente nos períodos críticos que há maior

necessidade de que tais garantias sejam efetivas para coibirem os abusos de agentes estatais que tendem a adotar posturas mais arbitrárias.

### 3.5. A NORMALIZAÇÃO DO DISCURSO DE EXCEÇÃO NA EMERGÊNCIA DA SEGURANÇA PÚBLICA.

A arguta percepção de Agamben revela que, durante a Primeira Guerra Mundial, instaura-se um estado de exceção permanente nos Estados beligerantes, ainda orientados sob a direção dos paradigmas da guerra externa e ordem interna, circunstância que, ao cabo do período de guerras, calcificou poderes vastos reconhecidos ao Poder Executivo, que, a partir de então, empregou o discurso da exceção aos mais variados setores da vida política e social.

Após o período das Grandes Guerras, opera-se a transmigração do paradigma do Estado de Exceção, de um âmbito eminentemente militar para outros setores da vida social, a emergência militar dá lugar à emergência econômica, por meio de uma aproximação lingüística entre guerra e economia, que se funde às demais hipóteses no período da Segunda Guerra Mundial.

A metáfora bélica alcança a economia, de modo que os Chefes de Governo agora invocavam poderes emergenciais com alto grau de intervenção para estabilização econômica e de manutenção monetária, assimilação muito clara no discurso que Franklin D. Roosevelt fez para alcançar aprovação do *New Deal*, em 1933, registrado por Agamben (2004, p. 37):

Assumo sem hesitar o comando do grande exército de nosso povo para conduzir, com disciplina, o ataque aos nossos problemas comuns [...] Estou preparado para recomendar, segundo meus deveres constitucionais, todas as medidas exigidas por uma nação ferida num mundo ferido [...] Caso o Congresso não consiga adotar as medidas necessárias e caso a urgência nacional deva prolongar-se, não me furtarei à clara exigência dos deveres que me incumbem. Pedirei ao Congresso o único instrumento que me resta para enfrentar a crise: amplos poderes executivos para travar uma guerra contra a emergência [*to wage war against the emergency*], poderes tão amplos quanto os que me seriam atribuídos se fôssemos invadidos por um inimigo externo

Com o fim da segunda conflagração, firma-se tendência “em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo” (AGAMBEN, 2004, p. 28). Observa-se, assim, sobretudo em países periféricos, onde o discurso da exceção para defesa da segurança nacional (doutrina da soberania nacional)

fundamentou as intervenções militares, com afastamento do sistema dos direitos fundamentais.

Nas décadas de 1970 e 1980, a doutrina da exceção permeia ao discurso da soberania nacional, sobretudo nas Ditaduras militares instaladas em países da América Latina, onde a suspensão e o afastamento das exigências decorrentes de garantias fundamentais se orientavam pela lógica e por justificativa da eliminação do inimigo interno, identificado nos grupos que empregavam a força na tentativa de subversão da ordem e restabelecimento da ordem democrática.

### **3.5.1. O novo autoritarismo *cool* do século XXI e o paradigma da segurança pública.**

Em perspectiva complementar de análise, é importante considerar que, segundo Zaffaroni, a atual dinâmica de economia capitalista globalizada dá ensejo ao surgimento ao discurso de autoritarismo *cool* do século XXI (2007, p. 69):

Este novo autoritarismo, que nada tem a ver com o velho ou o de entre-guerras, se propaga a partir de um aparato publicitário que se move por si mesmo, que ganhou autonomia e se tornou autista, impondo uma propaganda puramente emocional que proíbe denunciar e que, ademais – e fundamentalmente –, só pode ser caracterizado pela expressão que esses mesmos meios difundem e que indica, entre os mais jovens, o superficial, o que está na moda e se usa displicentemente: é *cool*. É *cool* porque é não assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, à qual é preciso aderir para não ser estigmatizado como antiquado ou fora de lugar e para não perder espaço publicitário.

Esse movimento autoritário se mostra evidente, sobretudo nos países periféricos e especialmente na América Latina, onde a larga maioria – aproximadamente  $\frac{3}{4}$  - dos presos não em culpa formada em processo judicial e, portanto, se encontra sujeita a medidas de contenção, sintomático de um poder punitivo que decidiu operar por meio de prisões preventivas, sem condenação formal

Nas sociedades mais desfavorecidas pela globalização, como as latino-americanas, a exclusão social constitui o principal problema, pois não costuma ser controlada pela repressão direta, mas sim neutralizada, o que aprofunda as contradições internas. A mensagem vindicativa é funcional para reproduzir os conflitos entre os excluídos, pois os criminalizados, os vitimizados, os policializados são recrutados neste segmento, ocorrendo uma relação inversa entre a violência dos conflitos entre eles e a capacidade de protagonismo e coalizão desses mesmos atores.

Nestas sociedades, a polarização de riqueza acentuada pela economia globalizada deteriorou gravemente as classes médias, tornando-as anômicas. Isso as leva a exigir normas, embora sem saber quais. São anômicos

patéticos, que clamam por normas e, desconcertados, acabam entrincheirando-se atrás do discurso autoritário simplista e populista do modelo norte-americano, que aparece com prestígio de uma sociedade invejada e admirada. Esse discurso permitirá um maior controle sobre essas mesmas classes médias, especialmente porque são naturais provedoras de futuros dissidentes. .

Dado que a mensagem é facilmente propagada, rentável para os empresários da comunicação social, funcional para o controle dos excluídos, bem sucedida entre eles e satisfatória para as classes médias degradadas, não é raro que os políticos se apoderem desse discurso e até o disputem. Como o político que pretender confrontar esse discurso será desqualificado e marginalizado dentro do seu próprio partido, ele acaba assumindo-o, seja por cálculo eleitoral, por oportunismo ou por medo. Assim se impõe o discurso único do novo autoritarismo. (ZAFFARONI, 2007, p. 72)

Zaffaroni critica o simplismo e a superficialidade desse novo discurso autoritário, que é refratário a qualquer abordagem acadêmica mais profunda e mais se assemelha a mensagens midiáticas e *slogans* publicitários (2007, p. 74-75):

[...] Sua técnica responde a uma pesquisa de mercado, que vende o poder punitivo como uma mercadoria. Na medida em que se verifica o êxito comercial da promoção emocional dos impulsos vingativos, ela é aperfeiçoada. Os serviços de notícias e os formadores de opinião são os encarregados de difundir esse discurso. Os especialistas que aparecem não dispõem de dados empíricos sérios, são palpiteiros livres, que reiteram o discurso único.

É ainda evidente a opacidade desse novo discurso, onde a imagem do inimigo é criada de forma difusa e não se busca meios de sua racionalização, amparando a criação de leis penais e processuais autoritárias e violadoras de garantias constitucionais:

Essa legislação constitui o capítulo mais triste da atualidade latino-americana e o mais deplorável de toda história da legislação penal na região, em que políticos intimidados pela ameaça de uma publicidade negativa provocam o maior caos legal autoritário – incompreensível e racional – da história de nossas legislações penais desde a independência.

Este período ficará conhecido como o mais degradado da história penal; sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entre-guerras, que sancionavam leis frontalistas para a propaganda e complacência de seus autocratas, nem como os momentos de legislação repressiva das freqüentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por temor à publicidade contrária ou por oportunismo, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente *cool*, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma idéia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o vazio do pensamento. (ZAFFARONI, 2007, p.79)

Na atual quadra histórica, identifica-se no discurso da segurança pública a tentativa de estabelecer novo paradigma para o afastamento e relativização dos direitos fundamentais, apresentados, assim, como meio necessário de combate à criminalidade. O que se põe a avaliar, todavia, é saber em que medida a segurança pública – como bem constitucional reconhecido – é capaz de deflagrar medidas excepcionais.

Colocado em outros termos: o combate à criminalidade contida no discurso da segurança pública é parâmetro suficiente a fundamentar a suspensão ou abrandamento dos direitos e garantias fundamentais? A resposta negativa que usualmente se objeta funda-se na tentativa de negar a existência do próprio Estado de exceção.

Do plano de maior gravidade emergencial, o discurso da exceção se estabiliza e se volve como instrumental necessário ao confronto de mazelas sociais especialmente pela criminalização primária de novas condutas e pelo aparelhamento das agências penais executivas com novos instrumentos de persecução penal: colaboração premiada, ações controladas, gravações, captações e interceptações de voz e imagem, controle e acesso a dados individuais.

O controle máximo não se limita à prevenção e repressão não se limitam à inspiração originária do terrorismo, mas se espraiam por toda uma dimensão de delitos ambientais e econômicos, ao combate da criminalidade organizada e dos tráficos ilegais, sem descurar da alta carga de seletividade que caracteriza o exercício do poder punitivo.

O novo discurso embala práticas políticas atualmente identificadas no efficientismo penal, que se orienta por finalidades funcionais do Direito penal, reformulado como instrumento de combate à criminalidade, sobretudo, a criminalidade aparente e *callejera*, e pela política criminal sujeita á avaliação através de sua eficiência na contenção dos índices de ocorrência de crimes, descrito por BARATTA (2000, p.25):

Os termos efficientismo ou funcionalismo designam formas de perversão hoje muito difundidas na Europa e na América, isto é, em países cujas constituições contêm os princípios do Estado Social de Direito e do Direito Penal liberal. O efficientismo penal constitui uma nova forma de direito penal de emergência, degeneração que sempre acompanhou a vida do direito penal moderno, modelo em que o Direito Penal deixa de ser subsidiário, de constituir a *ultima ratio*, de acordo com a concepção liberal clássica, e se converte em *prima ratio*, uma panacéia com a qual se quer enfrentar os mais diversos problemas sociais. Desse modo, o Direito Penal se torna um



instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e a elevação qualitativa e quantitativa da pena).<sup>25</sup>

Orientado pelo combate à criminalidade, o sistema penal ganha centralidade nas políticas públicas – recomposto como *prima ratio* na solução de problemas sociais de elevada estatura – e passa a admitir concessões com os direitos fundamentais e garantias sociais, vistos agora como limites inconvenientes ao eficiente exercício do poder punitivo.

A identificação semântica das garantias fundamentais com a impunidade ou benevolência ecoa repetidamente na estratégia midiática de fácil propagação dos movimentos de Lei e Ordem, que pressionam pela adoção de resposta dura para os crimes, especialmente para o delito urbano (*callejero*), orquestrado pelo revanchismo penal, termo para nominar a tática de reconquista do espaço urbano para o capital produtivo e para as classes médias, deslocando os pobres urbanos.

O discurso eficientista sustenta a existência da disjuntiva segurança pública e garantia constitucional, como se fossem obstáculo para a eficaz punição estatal e efetiva proteção dos bens jurídicos pessoais e coletivos da sociedade, como bem aponta Zaffaroni (2007, p. 119):

[...] Quando são postas de lado as considerações teóricas e se admite que os direitos de todos os cidadãos serão afetados, imediatamente invoca-se o eficientismo penal, próprio do Estado autoritário e de sua razão de Estado, recolocando a opção tão reiterada quanto falsa entre eficácia e garantias, mediante a qual a única coisa que se quer dizer é que, dessa forma serão obtidas mais sentenças condenatórias ou – o que dá no mesmo na América Latina – mais prisões cautelares. Ao mesmo tempo é inegável que, ao aumentar a discricionariedade investigadora das agências policiais, ampliam-se as oportunidades para a tortura. Uma crua e correta tradução do eficientismo penal em termos reais permite defini-lo – livre de suas máscaras – como uma tácita reclamação de legalização da tortura.

Em paralelo a essa constatação, também se deve ter em conta a disponibilidade de uma gama de novas tecnologias que permitem o controle direto e em tempo real de dados relativos a diversos aspectos da vida privada cotidiana e, por conseguinte, um exponencial aumento do poder disciplinar:

---

<sup>25</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em espanhol no original: “Los términos eficientismo o funcionalismo designan formas de perversión hoy difusas en Europa y América, es decir, en países cuyas Constituciones contienen los principios del Estado Social de derecho y del derecho penal liberal. El eficientismo penal constituye una nueva forma de derecho penal de la emergencia, degeneración que ha acompañado siempre la vida del derecho penal moderno, modelo en que el derecho penal deja de ser subsidiario, de constituir la última ratio, de acuerdo con la concepción liberal clásica y se convierte en la prima ratio, una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales. De tal modo, el derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo (con el aumento de la población carcelaria y la elevación cualitativa y cuantitativa del nivel de la pena, (...)).”

Todas as nossas transações financeiras, as páginas da web que visitamos, o envio e recebimento e envio de e-mails que podem, em princípio, ser rastreados. Satélites observam os movimentos mais amplos, a câmera pode captar e seguir muito dos nossos movimentos físicos com grande precisão de detalhe e os nossos registros médicos, escolares, profissionais, fiscais e policiais podem, sob certas condições, ser colocados à disposição de terceiros. (SWAANINGEN, 2011, p. 270)<sup>26</sup>

O novo controle penal em face dessa ilimitada disponibilidade de acesso e estoque de informações individuais opera por meio de novas técnicas, sendo a ferramenta mais usual das agências penais executivas, a elaboração e acompanhamento de perfis de risco, em que as características dos indivíduos e dos grupos sociais formam variáveis em fórmulas vazias de cálculos de risco:

A tendência mais recente e provavelmente o mais importante é a crescente relevância do chamado "perfil de risco", que confecciona os mapas de maior incidência de situações suspeitas e de lugares com alta concentração de criminalidade de rua, e também perfis de risco e de potenciais criminosos para determinadas espécies de crimes.<sup>27</sup>

Essa nova formatação dá ensejo a um modelo de controle penal inovador – a Justiça penal atuarial –, em que a intervenção penal é pró-ativa e antecipada para as fases preliminares do procedimento penal, em que o cálculos dos riscos assume maior importância (porque mais eficientes) que os princípios jurídicos penais:

Junto com a coerção penal tornou-se uma estratégia política das sociedades de risco, isto é, uma sociedade que já não está orientada em direção aos ideais positivos sem a lógica negativa de limitar o risco (Beck, 1986). Em uma sociedade nesses moldes, a solidariedade não já não se é baseia no sentimento positivo de conexão, mas é expressa em um medo comum; se abandona a idéia de que é possível fazer algo bom e a tomada de decisões passa a se amparar na análise de custo-benefício sobre o modo mais eficiente de gestão da sociedade, processo que é descrito como uma mudança do idealismo ao realismo. A ação estatal já não é informada por princípios normativos, mas sim por números estatísticos [...] As infrações legais não são julgados em termos de culpa, porém em termos de potencial risco para a ordem social<sup>28</sup> (SWAANINGEN, 2011, p. 286).

<sup>26</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em espanhol no original: “Todas nuestras transacciones financieras, las páginas webs que visitamos y los mails que enviamos e recibimos pueden, en principio, ser rastreados. Los satélites observan los movimientos más amplios, las cámaras siguen muchos de nuestros movimientos físicos con gran detalle y nuestros registros médicos, escolares, laborales, impositivos y policiales pueden, bajo ciertas condiciones, ser puestos a disposición de terceros”.

<sup>27</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em espanhol no original: “La tendencia más reciente y probablemente más importante es la creciente relevancia de los llamados ‘perfiladores de riesgo’, que confecciona mapas de situaciones sospechosas y ‘zonas calientes’ (lugares con gran concentración de delito callejero) y diseñan perfiles de riesgo y de posibles delincuentes para determinados delitos”.

<sup>28</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em espanhol no original: “Junto con la coerción penal se ha convertido en una estrategia política de las sociedades de riesgo, es decir, una sociedad que ya no está orientada hacia ideales positivos sin la lógica negativa de limitar el riesgo (Beck, 1986). En una sociedad tal, la solidaridad ya no se basa

Swaaningen aponta que o próprio termo atuarial provém da atividade econômica dos seguros, atuário é o cálculo das possibilidades ou risco e, em decorrência, determinam os prêmios dos contratos de seguros. Nessa perspectiva, o delito é visto como um fenômeno normal e a questão central é gerenciá-lo da maneira mais eficiente, o que legitimaria técnicas de identificação, classificação e gerenciamento de grupos categorizados de acordo com o nível de periculosidade.

Emerge assim o movimento de *McDonaldização* do sistema penal, em alusão ao emprego de métodos gerenciais na condução da atividade pública, e se apóia na premissa de que os serviços públicos devem ser gerenciados como uma cadeia de lanchonetes, ou seja, emprestar uma visão meramente instrumental ao sistema de justiça penal.

Swaaningen alerta para os perigos da utilização das análises de perfis de risco para a finalidade de prevenção dos delitos, uma vez que a crença demasiada nestes perfis acabe por legitimar a seletividade própria do sistema penal, velando sob a fachada de uma falsa Ciência a estigmatização e a exclusão social, na medida em que, na nova lógica atuarial, muitos dos velhos estereótipos do “verdadeiro vilão” são racionalizados mediante descobertas científicas.

Nesse horizonte, ainda sustenta que a equiparação funcionalista da Justiça a uma unidade de produção implica em uma nova visão integralmente instrumentalista da justiça penal, cujo destino é o da superação dos princípios normativos de Direito Penal:

Quase todas as noções clássicas beccarianas do direito penal já pertencem ao passado. O caráter pos-delictual do direito penal está, definitivamente, diminuindo. O princípio de suspeita individual, em relação com o de culpabilidade, também estão perdendo sua posição central. O princípio da legalidade (a noção do Direito Romano de que a intervenção penal só tem lugar nos casos descritos nos códigos penais e somente do modo que estes prescrevem) não constitui o limite além do qual nenhuma coerção penal pode chegar. Amplia-se, assim, seu objeto ao gerenciamento de risco ante ao delito e ao controle de todos os tipos de distúrbios, incivilidades e também, temores.<sup>29</sup> (2011, p. 286)

---

en el sentimiento positivo de conexión, sino que se expresa en un temor común; se abandona la idea de que puede hacerse algo bueno y toma de decisiones se base en lo análisis de costo-beneficio sobre el modo más eficiente de gerencia de la sociedad, proceso que se describe como cambio del idealismo al realismo. La acción estatal ya no está informada por principios normativos sino por números estadísticos (...) Las infracciones legales ya no son juzgadas en términos de culpabilidad sin en términos de riesgo potencial para el orden social”.

<sup>29</sup> Tradução livre do seguinte trecho, em espanhol no original: “Casi toda las nociones clásicas beccarianas del derecho penal ya pertenecen al pasado. El carácter posdelictual del derecho penal definitivamente está menguando. El principio de la sospecha individual, en relación con el de culpabilidad también están perdiendo su lugar central. El principio de la legalidad (la noción del derecho romano de que la intervención penal sólo tiene lugar en casos descriptos en los códigos penales y sólo del modo que estos prescriben) ya no constituye el

Nesse quadro, avulta que os princípios clássicos normativos não se legitimem sob o plano de análise de sua eficiência no combate ao crime, mas são inspirados em considerações de ordem normativa e ética e, assim, são cruciais porque mantêm uma dialética contínua entre o ser e o “dever-ser”, em um necessário balanço em que o sistema penal é instado, regulamente, a rearticular sua própria legitimação.

A questão, portanto, alcança um nível muito mais preocupante para o plano de eficácia das garantias que configuram o Direito Penal moderno, pois a ameaça transcende as crises e emergências que geralmente importavam em sua suspensão. A banalização do discurso de exceção se mostra evidente no paradigma que reclama o constante abrandamento dessas mesmas garantias como forma de combate ao crime e à criminalidade, na busca da nunca cumprida promessa de gerar maior segurança a todos os cidadãos.

### 3.6 EXCEÇÃO, ESTADO DE DIREITO E GARANTISMO PENAL.

Nesse horizonte, Zaffaroni alerta para a permanente dialética existente entre Estado de Direito e Estado de Polícia (ou Absoluto), e que essa tensão se dá de modo permanente e insuperável, sobretudo nas imperfeições dos modelos históricos de Estado reais.

De modo que, admitir a despersonalização de seres humanos a fim de lhes promover a rápida e eficiente neutralização, ou submetê-los a detenções prolongadas e métodos de interrogatórios coercitivos sem acusação formal ou processo judicial significa tão somente a abertura de uma fresta no Estado de Direito que seguramente conduz á sua rápida decomposição.

Em observação do renascimento punitivista ocorrido na legislação penal italiana nas derradeiras décadas de 1980 e 1990 do século XX, Ferrajoli indica a necessidade de observar as suas origens na cultura da exceção a alcançar tanto a atividade legislativa penal como o exercício da jurisdição.

A cultura de emergência e a prática da exceção, antes mesmo das transformações legislativas, são de fato responsáveis pela involução do nosso ordenamento punitivo que se expressa na reedição, em trajes mordenizados, dos velhos esquemas substanciais próprios da tradição penal pré-moderna, bem como na recepção pela atividade judiciária de técnicas inquisitivas e de métodos de intervenção que são típicos da atividade de polícia. (FERRAJOLI, 2010, p. 746)

---

limite más allá de cual ningún tipo de coerción penal puede llegar. Se amplia así su objeto al gerenciamiento del riesgo ante delictum y al control de todo tipo de disturbios, incivildades y, desde luego, temores”

Ferrajoli também identifica, nesse estado de coisas, a alteração da fonte de legitimação das normas penais, invocando-se a preponderância da razão de Estado sobre a razão jurídica:

A alteração da fonte de legitimação consistiu precisamente na assunção da exceção ou da emergência (antiterrorista, antimafiosa ou anticamorra) como justificação política da ruptura ou, se preferir, da modificação das regras do jogo que no Estado de direito disciplinam a função. Esta concessão da emergência outra coisa não é que a idéia do primado da razão de Estado sobre a razão jurídica como critério informador do direito e do processo penal, seja simplesmente em situações excepcionais como aquela criada pelo terrorismo político, ou de outras formas de criminalidade organizada. (FERRAJOLI, 2010, p. 746)

Ferrajoli aponta que a adoção da emergência penal como a fonte de legitimação externa das normas penais – instaurando-se, pois, o Direito Penal da exceção – designa simultaneamente duas coisas conexas entre si e remontam à mesma crise de legalidade do direito penal: “a legislação de exceção em relação à Constituição e, portanto, a mutação legal das regras do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada” (2010, p. 747)

Ferrajoli indica a base de racionalização do Estado de Exceção na razão de Estado justificativa de repressão do delito político, sendo aquela “um princípio normativo da política que faz o ‘bem do Estado’, identificado com a conservação e o acréscimo da sua potência, o fim primário e não incondicional da ação de governo”, ou ainda, a superioridade da razão política sobre o direito ou a moral, que é o fundamento de “todo o pensamento político absolutista e autoritário do século XVI em diante” (2010, p. 747). Anota ainda Ferrajoli que a razão de Estado:

[...] se configura como um princípio de legitimação histórica de tipo extra e eventualmente antijurídico, no sentido de que consente a ruptura da legalidade e a alteração das regras ordinárias do jogo toda vez que estas, pela emergência ou pela condição excepcional verificáveis sempre e apenas pelos governantes, entram em conflito ou não são funcionais ao “supremo” interesse do Estado. (FERRAJOLI, 2010, p. 752).

Ferrajoli, sem desconhecer que a tradição da razão de Estado permeia a imensa maioria do pensamento liberal moderno, sustenta tese abertamente oposta à compatibilidade desses instrumentos com a concepção do Estado de Direito, ao que opõe sua férrea posição:

[...] de que o princípio da razão de Estado é incompatível com a jurisdição penal entendida no contexto do Estado moderno de direito; de tal forma, quando ela intervém – como no direito penal de emergência – para condicionar as formas de justiça ou, pior, para orientar um concreto processo penal, não existe mais jurisdição, porém outra coisa: arbítrio policialesco,

repressão política, regressão neoabsolutista do Estado a formas pré-modernas. (FERRAJOLI, 2010, p. 751)

Sobre o específico ponto de análise sobre a compatibilidade do Estado de direito e o direito penal de exceção, anota Ferrajoli (2010, p. 751-752), que:

A impossibilidade de sanar o contraste entre a razão de Estado e a razão jurídica própria ao Estado de direito depende da lógica oposta sobre a qual as duas razões se baseiam. “Razão de Estado” escreveu de forma belicosa, mas eficazmente, VOLTAIRE, “não é mais do que uma palavra inventada para servir de escusa aos tiranos”, mas analiticamente, no sentido em que foi usada por Maquiavel, a expressão designa duas coisas: antes de tudo, uma “norma da ação política”, isto é, um princípio de autorregulação da política como atividade finalizada incondicionalmente ao “bem” ou à “potência” do Estado, e por isso, dotada de autonomia em relação a outros valores ou critérios relativos a interesses ou necessidades diversas, sejam individuais ou sociais; em segundo lugar, e de forma correlata, uma fonte de legitimação autônoma – *extra legem*, extra-moral, extra-social, extra-religiosa e especificamente “política” – das escolhas e dos meios a tal fim adotados. Compreende-se a contradição entre a “razão de Estado” assim entendida e o Estado de Direito. O critério regulador da primeira é a subordinação dos “meios”, que são indeterminados e não reguláveis, ao alcance dos “fins” políticos cuja formulação está ligada, real ou historicamente, à pessoa do soberano ou a qualquer dos titulares do poder estatal; o princípio guia do segundo é, ao invés, a subordinação dos fins políticos ao emprego dos meios juridicamente prestáveis, isto é, não abertos ou indeterminados mas vinculados pela lei. Desta forma, enquanto para a teoria da razão de Estado, o Estado é um fim, não fundado a não ser em si mesmo, e por sua vez, fundamento dos meios jurídicos, os quais restam indiferentes, flexíveis, mutáveis e manipuláveis pelo arbítrio, pelo Estado de direito, a partir de LOCKE em diante, o Estado é um meio, justificado pela sua finalidade de tutela dos direitos “fundamentais” dos cidadãos e está vinculado pela sujeição de todos os seus poderes a regras constitucionais rígidas e fundadas.

Nesse sentido, também Ferrajoli indica o paradoxo da invocação da defesa do Estado constitucional e democrático pela suspensão dos direitos e garantias que dão os contornos essencialmente definidores, o que se apresenta como uma contradição em termos: “a ruptura das regras do jogo se dá, de fato, neste caso, invocando a tutela das mesmas regras do jogo; o Estado de direito é defendido mediante a sua negação” (FERRAJOLI, 2010, p. 753).

Nesse espaço de contradições que emergem do discurso de emergência, Ferrajoli dedica particular preocupação com a atividade jurisdicional, diante da sua função diretamente decorrente da proteção dos direitos fundamentais, incompatível com os contornos policialescos da razão de Estado:

Ainda mais estridente, de outra parte, é a contradição entre a razão de Estado ou de emergência e aquela específica função do Estado de direito que é a jurisdição penal. Antes de tudo, se a jurisdição é a atividade tendentemente recognitiva da lei e cognitiva dos fatos por ela denotados, estão

irremediavelmente em contraste com a sua legitimação formal, derivada da sua sujeição à lei e do valor de verdade de suas pronúncias, seja a valoração dos interesses do Estado seja o princípio de autoridade sobre o qual tal valoração se baseia. Em segundo lugar, a função judiciária não diz respeito, como a razão de Estado, a interesses públicos de caráter geral, mas a casos particulares, nos quais incide sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, cuja tutela, ainda que em conflito com os interesses do Estado, é precisamente a sua fonte de legitimação substancial. Em terceiro lugar, a razão de Estado é por princípio guiada pela lógica partida e conflituosa do amigo/inimigo que, por sua vez, é incompatível com a natureza da jurisdição, a qual exige imparcialidade do órgão judicante e a sua indiferença a qualquer fim ou valor estranhos ao direito. Em quarto lugar, a razão de Estado pela indiferença que vice-versa esta nutre em relação à natureza dos meios empregados, legitima uma absoluta discricionariedade do soberano, isto é, a sua graça e o seu arbítrio, enquanto a jurisdição é legitimada apenas se vinculada à lei, ou seja, à predeterminação legal e taxativa das hipóteses de crime e à formulação judiciária de acusação correspondente e empiricamente determinadas. Enfim, enquanto a razão de Estado persegue a “verdade substancial” com qualquer meio, e assim, admite procedimentos inquisitivos aptos a identificar o inimigo, com investigações diretas sobre a pessoa além das ações cometidas, a jurisdição persegue a “verdade formal” ou processual, segundo regras como a possibilidade fática da imputação, a presunção de não culpabilidade, o ônus da prova e o contraditório, que a submetem à verificação da acusação e a expõem a falsificação da defesa (FERRAJOLI, 2010, p. 753)

Nesse panorama, e com olhos voltados à análise da experiência italiana de legislações de combate ao terrorismo e à criminalidade organizada a partir da década de 1970, Ferrajoli conclui pelo seu intenso contraste com as exigências do Estado de direito (2010, p. 754):

A mutação de sua fonte de legitimação externa – a razão de Estado e o critério pragmático do fim na luta contra a criminalidade, ao contrário das regras do Estado de direito em torno aos meios e aos seus vínculos garantistas – em muitos casos produziu uma justiça política alterada na lógica interna em relação aos cânones ordinários: não mais atividade cognitiva baseada na imparcialidade do juízo, mas procedimento decisionista e inquisitório fundado no princípio do amigo/inimigo e apoiada, para além da estrita legalidade, no consenso da maioria dos partidos e da opinião pública.

Ferrajoli aponta que esse processo se inicia na Itália, a partir da década de 1970, inicialmente com amparo na luta contra o terrorismo e se desenvolveu em três fases: a primeira marcada pela edição de leis que ampliaram o campo de atuação das polícias; a segunda, pela edição de um direito penal político especial, onde a própria magistratura, e não mais os corpos policiais, assume o peso da luta contra o terrorismo e, por fim, a terceira fase, a de consolidação do direito penal diferenciado, onde os instrumentos e medidas excepcionais se inserem na prática normal e cotidiana do direito penal e na cultura dos juízes: “À exceção do terrorismo, de outro parte, acrescentam-se nos anos oitenta muitas outras exceções: a

máfia, a camorra, o tráfico internacional de drogas e de armas, a alta criminalidade econômica e financeira, a corrupção política” (2010, p. 757)

Dessa análise, torna possível a Ferrajoli traçar os lineamentos do direito penal especial ou de exceção, que se apresenta com sintomas característicos, dos quais desponta mutação substancial do modelo de legalidade penal, inferida pelo paradigma do inimigo, e que exprime uma “acentuada personalização do direito penal de emergência, que é frequentemente muito mais um direito penal do réu que um direito penal do crime” (2010, p. 758)

Essa mutação substancial dá lugar a edição de normas incriminadoras de conteúdo indeterminado, contrárias às exigências de taxatividade que veiculam: “fórmulas elásticas e de sentidos variados que se prestam, pela sua indeterminação empírica e pela sua conotação subjetiva e valorativa, a serem usadas como caixas vazias” (FERRAJOLI, 2010, P. 759). Paralelamente, também se percebe uma concessão à verdade processual que se apresenta na forma de predileção de métodos de corte inquisitorial:

O esquema amigo/inimigo, próprio da razão de Estado, opera aqui num sentido duplo. Em primeiro lugar, na conotação igualmente impressa na acusação e no juízo e na transformação do processo em momento de “luta” à criminalidade terrorista ou de outra forma organizada: o processo não é mais aquilo que BECCARIA chamava de “processo informativo”, isto é, “a busca indiferente do fato”, onde o juiz é um “pesquisador indiferente da verdade”, mas transformou-se naquilo que chama-se “processo ofensivo”, no qual “o juiz torna-se inimigo do réu, de um homem encarcerado..., e não procura a verdade do fato, mas procura no prisioneiro o delito, e o insidia, e crê perder se não consegue fazê-lo e de não fazer jus àquela infalibilidade que o homem se irroga em todas as coisas” (FERRAJOLI, 2010, P. 759)

Somente nesse contexto emergencial poder-se-ia encontrar a coerência de institutos investigatórios esdrúxulos, como, por exemplo, a colaboração premiada, que retiram força semântica das garantias processuais:

Compreende-se a perfeita coerência com este esquema da lei sobre arrependidos, que indica não apenas um meio mas também um fim. A confissão, e, sobretudo, a colaboração mediante a denúncia de coautores, funcionam de fato como resultados não apenas processuais, mas também penalmente relevantes. Com elas o acusado, além da relevância e, talvez, da importância fundamental das suas revelações, passa a tomar partido da acusação e dá prova visível e certa, muito mais do que da sua culpabilidade ou de seus companheiros, da sua escolha anticriminal. Deste modo, o processo se converteu em lugar em que não apenas (ou nem tanto) se comprova senão que se constitui diretamente em pressuposto substancial da pena; onde não se prova senão que se põe em prática diretamente e se define o caráter de “amigo” (arrepentido, dissociado ou similar) ou de “inimigo” do imputado, segundo se ponha ou não por parte da acusação diante da defesa, cujo papel teria sem embargo direito a representar. Evidentemente,



entre esta subjetivação do modo do processo todas as garantias processuais clássicas – do princípio do contraditório ao ônus da prova, da defesa à presunção de inocência – terminam carente de sentido. (FERRAJOLI, 2010, p. 759-760)

Como segundo elemento desse direito penal de exceção, Ferrajoli indica o gigantismo processual e os maxiprocessos, que se apresenta em três dimensões: horizontalmente, com a abertura de megainvestigações com centenas de imputados; verticalmente, com a multiplicação sobre a responsabilidade de cada acusado dos delitos imputados, circularmente deduzidos uns dos outros; e temporalmente, com o prolongamento desmensurado dos processos que se arrastam por anos.

Anota, também, que esses maxiprocessos se compõe por maciça quantidade de informações, equivalentes a “montanhas de papel mensuráveis por toneladas, por dezenas de mil páginas com a conseguinte neutralização do princípio da publicidade do processo e as possibilidades materiais de defesa”, e conclui que essas práticas são contrárias à efetiva aplicação das garantias processuais dos acusados (2010, p. 761-762):

[...] De outra parte, o gigantismo processo representou, por sua vez, um terreno próprio a todo tipo possível de abuso. É, sobretudo, graças a ele que se pode desenvolver um conúbio perverso entre encarceramento preventivo e colaboração premiada com a acusação: o primeiro utilizado como meio de pressão sobre os imputado para obter deles a segunda, e esta como instrumento de ratificação da acusação às vezes além de toda a verificação e inclusive dos confrontos com a chamada do correu. Na prática, este conúbio se revelou como uma fonte inexaurível de arbítrios. O preço das confissões e das colaborações não se limitou apenas à redução das penas previstas em lei, mas é frequentemente usado sob forma de favores ilegítimos: como a retirada formal dos registros da imputação, a liberação antecipada por meio de complicadas operações de remissão, a falta do exercício da ação penal e até o favorecimento de fugas para o exterior com passaportes facilitados para subtrair o arrependido da verificação do juízo oral. A tudo isso se devem somar as múltiplas operações concebidas pela imaginação dos juízes como válvulas de segurança para agravar a seu bel-prazer a posição processual dos imputado, para encobrir falhas dos sumários ou para protrair indefinidamente a prisão preventiva: como os mandados de busca e captura reiterados pelos mesmos fatos mas com novas agravantes ou nova nomina iuris, o manejo das competências ou das conexões para esquivar os juízes ou tribunais que não fossem do agrado da acusação, a manipulação das imputações no curso da instrução com o uso indevido do mandado de captura substitutivo.

O terceiro elemento, consequência direta dos dois primeiros traços apresentados, é a deformação policial da jurisdição de emergência, onde a magistratura se arvora em tarefas e manipula instrumentos investigativos típicos da polícia. Importa indicar que tal deformação combina duas funções que, ao contrário, deveriam manter as suas diferenciações.

A primeira diferenciação da lógica policial daquela judiciária é que a primeira se move pela prioridade do resultado em relação aos meios de alcançá-lo, os quais, em contrário, devem ser prioritários na atividade judiciária. A segunda ordem de distinção se identifica na natural parcialidade da polícia em contraposição à necessária imparcialidade institucional do juiz:

O centro do processo torna-se desse modo, o segredo do confessorário, isto é, uma relação ímpar que se desenvolve à sombra, e que vincula inquirido e inquiridor em uma recíproca e malsã dependência: uma vez que o arrependido que falou encontra-se nas mãos da acusação, disponível a quaisquer ulteriores serviços; mas a acusação, pela cumplicidade e a intimidade que entre as duas partes se criou, está, por sua vez, nas mãos do arrependido que se torna um favorito, apresentado como fonte privilegiada de verdade e de justiça. Nesta relação, protegida pelo segredo, a jurisdição não tem mais lugar, e todo arbítrio é possível: as intimidações, às vezes acompanhadas de ameaças, para satisfazer as expectativas da acusação, redação de interrogatórios em momentos distintos da sua realização real, os pactos formais e inconfessáveis. “O domínio da recompensa”, advertiu BENTHAM, “é o último abrigo no qual fez trincheira o poder arbitrário” (FERRAJOLI, 2010, p. 762-763)

Com essas considerações Ferrajoli retoma o exame da questão que inicialmente propôs, qual seja: se o estado de necessidade ou de emergência se apresenta como válida justificativa de ruptura das regras do Estado de Direito.

Especificamente quanto ao combate ao terrorismo, Ferrajoli adverte ser preciso inicialmente examinar se consubstancia um fenômeno possível a ser equiparado à guerra interna – a justificar o emprego da pura violência – ou, ao contrário, seria forma especial de criminalidade, entretanto, ainda abrangido na esfera temática do direito penal, ao que aponta (2010, p. 767):

A questão é de importância central para uma doutrina garantista do direito penal. O que quer que se pense do terrorismo e, em geral dos fenômenos criminais de gravidade excepcional, apenas as duas respostas acima mencionadas são compatíveis com a lógica do Estado de direito, a qual exclui que se possa configurar a razão de Estado como razão jurídica. A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados ou inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição, o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o fim não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono.

Assim, afastada a compreensão de que o terrorismo constitua efetiva ameaça de destruição do Estado constitucional, Ferrajoli critica a postura adotada no passado no tocante à criminalidade de exceção “por não ter tido a firmeza nos princípios do Estado de direito e, conjuntamente, por haver apresentado as concessões como perfeitamente conformes a estes princípios” (2010, p. 767), criticando, ainda, o caráter retórico da invocação do argumento de defesa do Estado democrático, “visto que a democracia e o Estado de direito se defendem precisamente com o respeito às suas regras” (2010, p. 763).

A maior distorção, entretanto, segundo Ferrajoli, se deu pela infecção do discurso de emergência em todo o corpo da teoria e da prática do direito penal, tornando especialmente difícil o retorno à normalidade, pela sensível diminuição, no senso comum, da diferença da normalidade e exceção (2010, p. 768):

Esse senso comum permaneceu, e se consolidou, mesmo com a cessação da emergência do terrorismo, que acabou sendo substituída por outras emergências criminais, uma vez que não se rompeu apenas um ou mais princípios, mas o próprio valor dos princípios, demonstrados como flexíveis e, em certos casos, necessariamente colocados de lado: em uma palavra, não mais princípios.

Esta distorção cultural é a verdadeira ruptura produzida pela emergência. Os novos meios excepcionais encontram-se radicados na praxe e difusos nos processos normais, gerando poderes e centros de poder não dispostos a se desmantelarem, e sobretudo uma cultura policialesca informada de forma predominante pelos valores pragmáticos da segurança e da eficiência.

O direito penal clássico e as garantias do Estado de Direito surgem historicamente como barreiras de contenção ou diques para o represamento do poder punitivo, que, de modo idêntico à barragem que represa um rio, organiza a vazão e o curso das correntes. Do modo que uma fissura que se faça no dique compromete toda estrutura, a normalização de exceções que permitem a suspensão das garantias trabalha para a implosão do Estado de Direito.

## CONCLUSÃO

A pesquisa do tema proposto foi suficiente para esclarecer a compreensão sobre o estado de exceção, desde a sua origem histórica, em que apresentava as características de transitoriedade e confronto com a ordem jurídica, com preponderância do elemento decisão em momento de necessidade de defesa da ordem estatal.

Dessa acepção original, desenvolveu-se o debate sobre a preponderância da norma sobre a decisão ou, contrariamente, a decisão como fator político essencial à compreensão da soberania, no embate doutrinário de Kelsen e Schmitt, que servir como pano de fundo para as circunstâncias históricas de um mundo em estado de beligerância no período das Grandes Guerras mundiais.

Examinou-se em profundidade as categorias fundamentais do que pode hoje ser chamada de teoria geral do Estado de Exceção, em especial, pelo estado de necessidade que legitima a sua instauração, a proeminência do Poder Executivo na execução das medidas emergenciais e na identificação do inimigo a ser combatido. De outro lado, o ponto sensível, ainda não completamente resolvido se localiza na tendência natural de normalização dos estados excepcionais, que acabam por transmutarem-se em Estado policial levando à derrocada da ordem constitucional que se destinavam a proteger.

Foi possível avaliar também de que modo a experiência histórica o Estado instaurado sob o comando de Getúlio Vargas nos anos de 1930 a 1945 refletiam os mesmos caracteres revistos na teoria geral: soberania, exceção, fechamento do Congresso Nacional, identificação do inimigo no comunista subversivo articulado no discurso político oficial e mesmo em textos jurídicos de relevo, como a Carta Constitucional de 1937.

Dedicou-se especial atenção ao comportamento do Supremo Tribunal Federal nos momentos críticos, quando o Brasil se encontrava sob estado de exceção e o modo como a Corte Constitucional respondeu aos reclamos veiculados em processos judiciais de garantia da liberdade impetrados em favor de Olga Benário, Genny Gleiser e dos parlamentares, todos sujeitos a medidas extremas de força do regime de Vargas.

Constatou-se assim, ao menos nos casos concretos examinados, a constatação de Ackerman no sentido de que as Cortes não tem vocação para exercerem o papel de defensoras e garantes dos direitos fundamentais nos momentos de crise, inicialmente por assinalado conservadorismos, mas talvez mais bem explicado pelo singelo fato de não deterem forças

armadas sob o seu comando e, ainda, não ostentarem representatividade popular, atributo do Poder Legislativo.

Por essa razão, estamos convencidos que o Poder Legislativo ostenta vocação natural para exercer o controle e fiscalização das medidas emergenciais no curso de períodos excepcionais, consoante a proposta apresentada por Ackerman. Em mesma medida, também se afigura inovadora a sua proposta de criação da denominada escalada sobremajoritária, a exigir periódicas e contínuas autorizações de prorrogação do estado excepcional, sujeitas, em cada oportunidade, a exigências de quoruns cada vez mais rigorosos, o que restringe as possibilidades da normalização da suspensão de direitos e garantias constitucionais.

A constatação dos abusos de Estados totalitários que ascenderam e se mantiveram sob o poder concentrado de medidas emergenciais, e promoveram barbáries sob o manto do estado de exceção, pelo programa de aniquilamento de inimigos internos, instauração do terror como instrumento de governo e dominação pela violência pura, levou, em primeira ocasião, à tentativa de superação de todo decisionismo e reconhecimento da normatividade autônoma – e soberania – da Constituição.

Entretanto, o estado de exceção continua a se mover sob a superfície da normatividade autônoma, de sorte que reconhecer a sua permanência, e mesmo a sua imanência na ordem jurídica, para abrir espaço para a redefinição de categorias essenciais à teoria constitucional.

No plano da política criminal, o recrudescimento do discurso punitivista nas duas últimas décadas é percebido na doutrina especializada, sobretudo a partir da proposta de Jakobs que de modo aberto, propõe que determinados indivíduos não devam ser dignos de serem tratados como pessoas pelos Estados, mas sim serem neutralizados sem o véu da personalidade jurídica.

A hipótese de solução provisoriamente apresentada ao problema sobre a possível compatibilidade do tratamento diferenciado aos indivíduos considerados perigosos não se mostrou equivocada, tendo se verificado que a admissão da despersonalização desses indivíduos é somente o germe para a restauração de um Estado policial em sua pior designação, porque agora acompanhado de meios tecnológicos que permitem o controle mais invasivo.

Com isso, a presente conclusão se perfil às posições radicalmente contrárias à admissão do afastamento das garantias constitucionais para a neutralização de indivíduos, seja

na forma da proposta mais ousada de Jakobs, e nem mesmo na vertente mais *cool* traduzida nos modelos eficientistas e funcionalistas que apregoam o abrandamento dessas mesmas garantias como forma necessária de combate à criminalidade urbana.

Em outra vertente, também se observa a inserção nos discursos penais punitivistas do paradigma da segurança pública, que importaria em admissão de abrandamento dos direitos e garantias constitucionais visando promover a eficiente punição e combate à criminalidade. Os valores políticos de eficiência e punição passam a ser adotados em uma nova forma banalizada de emergência, instaurando vetores e diretrizes de política criminal informada pela lógica amigo/inimigo.

Pode-se afirmar com segurança que essas linhas de política criminal são ainda mais danosas ao Estado de Direito que a suspensão episódica e temporária de direitos e garantias fundamentais do Estado de exceção, na medida em que admitem o seu funcional afastamento de modo permanente e contínuo.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The Emergency Constitution**, 2004. Disponível em <<http://www.yalelawjournal.org/pdf/113-5/Ackerman%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 09.AGO.2010.

AGAMBEN. Giorgio. **Estado de Exceção**, 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004

AGAMBEN. Giorgio – **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **Memória jurisprudencial**: Ministro Evandro Lins, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Evandro\\_Lins.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/Evandro_Lins.pdf)>. Acesso em: 18.JAN.2014

BARATTA, Alessandro. La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo, v. 29, ano 8, p. 27-52, jan-mar/00.

BERCOVICI. Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2008.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de Julho de 1934. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em: 30.JAN.2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de Novembro de 1937. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em: 30.JAN.2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 111/DF, Rel. Ministro Arthur Ribeiro, data de julgamento 21.8.1935, Rejeitadas as preliminares. Conhecido e indeferido o pedido, unânime. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Ms111.pdf>> Acesso em: 30.JAN.2014

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 26178/DF, Rel. Ministro Carvalho Mourão, data de julgamento 20.JUL.1936 Íntegra disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas\\_Corpus\\_26178.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/Habeas_Corpus_26178.pdf)> Acesso em: 20.DEZ.2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 25906/DF, Rel. Ministro Olympio de Sá, conhecida e denegada a ordem, unânime, data de julgamento 30.SET.1935

BOBBIO. Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOURNE, Richard. **Getúlio Vargas**: A esfinge dos pampas. São Paulo: Geração Editorial, 2012.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O Estado Novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional, In PANDOLFI, Dulce. **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 327-340.

COLE, David. **The Priority of Morality**: The Emergency Constitution's Blind Spot. **The Yale Law Journal**, v. 113, n. 8, p. 1753-1800, jun-2004.

CORVAL. Paulo Roberto dos Santos, **Teoria Constitucional e Exceção Permanente**: Uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª edição, Editora UNESP, 2006.

DIETER. Maurício Stegemann. Terrorismo: reflexões a partir da criminologia crítica. In **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 75, pp. 295-337, 2008

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal – 3ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Marieta de Moraes. **Getúlio Vargas**: uma memória em disputa. Rio de Janeiro: CPDOC, 2006.

GADAMER. Hans Georg. **Verdade e Método**, 11ª edição – Petrópolis. RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2011.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A História do Direito Entre Foices, Martelos e Togas**: Brasil 1935-1965 – Olga Prestes, Genny Gleiser, Ernesto Gattai, João Cabral de Melo Neto, Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e História**: uma relação equivocada. Londrina: Editora Humanidades, 2004.

JAKOBS, Gunther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas, 4ª ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOEWENSTEIN, KARL. **Brazil Under Vargas**, New York: Macmillan, 1942. Disponível em <http://www.questia.com/library/74027663/brazil-under-vargas>> Acesso em: 08.JAN.2014

LYNCH, Timothy. **Doublespeak and the War on Terrorism**. Cato Institute's Project on Criminal Justice – Briefing Papers, nº 89, 06 Set 2006. Disponível em <<http://www.cato.org/pubs/bp/bp98.pdf>> Acesso em: 30 set 2010.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O decisionismo jurídico de Carl Schmitt**, Revista Lua Nova, n. 32, 1994, CETEC, p. 201-216

NETO, LIRA. **Getúlio 1930-1945 - do Governo Provisório À Ditadura do Estado Novo**, edição digital (ebook), 2013, ISBN 9788535923049, Companhia das Letras.



ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Contra o Terrorismo**, assinada em Barbados, em 3 de junho de 2002 e aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n.º 890, de 01º de setembro de 2005 e pelo Presidente da República, por meio do Decreto n.º 5.639, de 26 de dezembro de 2005. Disponível em < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/A-66.htm>> Acesso em: 19.NOV.2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 264 p.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 168 p.

SCHWAB, George. **The Challenge of the Exception: an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936**, Kindle Edition, 2013

SWAANINGEN, René van; VALGIUSTI, Flávia (Coord.); FERNÁNDEZ, Silvia Susana (Tradutor); ELBERT, Carlos Alberto (Dir.). **Perspectivas europeas para una criminología crítica**. Montevideo: B. de F., 2011..

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de Emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VERGOTINI, Giuseppe. **Derecho Constitucional Comparado**. México: Unam, 2004.

WACQUANT, LOÏC. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [Onda Punitiva]**, , 3ª. Edição – Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro Revan, 2007.